

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

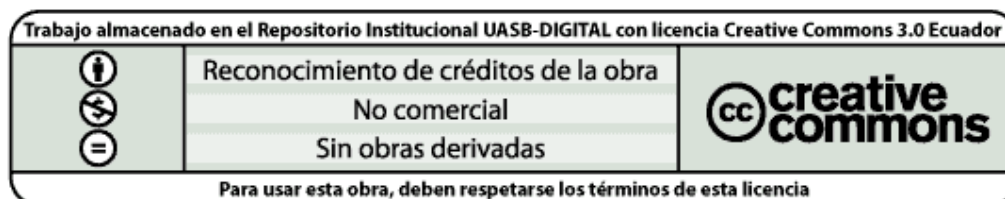
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**El Estado como sujeto activo de las garantías constitucionales  
de acción de protección y extraordinaria de protección**

Luis Daniel Cordero Espinosa

**Quito, 2016**



## **CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS**

Yo, Luis Daniel Cordero Espinosa, autor de la tesis titulada “El Estado como sujeto activo de las garantías constitucionales de acción de protección y extraordinaria de protección”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Master en Derecho con mención e Derecho Constitucional, en la Universidad Andina, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como uso de red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto a los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 02 de septiembre de 2016

Dr. Luis Daniel Cordero Espinosa

Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho  
Mención: Derecho Constitucional

El Estado como sujeto activo de las garantías constitucionales  
de acción de protección y extraordinaria de protección

Autor: Luis Daniel Cordero Espinosa

Tutor: Jorge Benavides Ordóñez

2016

## **ABSTRACT**

Constitución del Ecuador que entró en vigencia el 20 de octubre de 2008, contiene en su parte dogmática un extenso catálogo de derechos que han sido reconocidos a las personas, así como también una gran abanico de garantías que pueden activarse frente a las violaciones de los derechos fundamentales, que marca un antes y un después en el constitucionalismo ecuatoriano. Nunca un texto constitucional en la historia ecuatoriana, estaba impregnada de tantas garantías a las cuales recurrir frente a violaciones de los derechos fundamentales, de las cuales, nos vamos a referir en la presente tesis a la acción de protección y extraordinaria de protección.

En teoría se supone que la activación de estas garantías constitucionales que introduce la actual Constitución del Ecuador, está relacionada con la titularidad de algún derecho consagrado en la Constitución o en los Instrumentos Internacionales de derechos Humanos; no obstante, en el Ecuador se ha dado pábulo para que el Estado a través de sus instituciones, sea considerado como sujeto activo de estas garantías jurisdiccionales, lo que genera la siguiente interrogante: ¿Es el Estado, a través de sus instituciones, titular de derechos constitucionales, y como tal habilitado para incoar acción de protección y extraordinaria de protección?.

En este trabajo pretendemos demostrar que esta posibilidad del Estado como titular de derechos, debilita no sólo la concepción de Estado de Derechos garantista, sino que además encapsula para el propio Estado la posibilidad de garantizarse a si mismo sus derechos constitucionales, en una especie de autotutela constitucional; y, destruye la teoría del derecho subjetivo como relación jurídica de correlatividad.

Dedicado el presente trabajo con mi corazón entero, fundamentalmente a mis hijos: Ana Matilde y Luis Daniel; a mi esposa Cristina; y, a mis padres: Rodrigo y Dalia, los seres humanos más importantes de mi vida.

Agradezco a Dios por todas las oportunidades que me ha brindado en esta vida; a la Universidad Andina Simón Bolívar; a sus Directivos; y, a su prestigioso cuerpo docente por permitirme seguir aprendiendo, tarea por cierto jamás concluida.

## INDICE

<b>PRESENTACION.....</b>	<b>1</b>
<b>CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS.....</b>	<b>2</b>
<b>CARATULA.....</b>	<b>3</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>4</b>
<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>5</b>
<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>6</b>
<b>INDICE.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>8</b>
<b>    LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO REMEDIO PROCESAL FRENTE A VIOLACIONES DE DERECHOS .....</b>	<b>8</b>
1.- LOS DERECHOS COMO PRESUPUESTO DE LAS GARANTÍAS. ....	9
2.- LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SU CLASIFICACIÓN EN PRIMARIAS Y SECUNDARIAS: .....	17
2.1.- <i>Las garantías primarias:</i> .....	19
2.2.- <i>Las garantías secundarias:</i> .....	20
3.- DESARROLLO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR. ....	23
4.- EL ECUADOR COMO ESTADO GARANTISTA: .....	33
4.1.- <i>Las garantías normativas.-</i> .....	35
4.2.- <i>Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana.</i> .....	36
4.3.- <i>De las garantías jurisdiccionales.-</i> .....	37
4.3.1.- Aproximaciones generales a la acción de protección: .....	38
4.3.2.- Aproximaciones generales a la acción extraordinaria de protección: .....	40
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>43</b>
<b>EL ROL ESTATAL EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS .....</b>	<b>43</b>
1.- ORÍGENES DEL ESTADO MODERNO: .....	43
2.- FORMAS DE EVOLUCIÓN DEL ESTADO.- .....	50
2.1.- <i>El Estado Absolutista.-</i> .....	52
2.2.- <i>El Estado de derecho.-</i> .....	54
2.3.- <i>El Estado constitucional.-</i> .....	58
3.- LA FINALIDAD DEL ESTADO COMO INSTITUCIÓN.-.....	60
4.- LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL ESTADO MODERNO.- .....	69
5.- LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ....	76
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>81</b>
<b>    LA AUTOTUTELA ESTATAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN .....</b>	<b>81</b>
1.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ESTADO EN LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES:.....	84
2.- ANÁLISIS CRÍTICO A LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ESTADO COMO SUJETO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES.- .....	93
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>106</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>108</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>109</b>

## CAPÍTULO I

### **LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO REMEDIO PROCESAL FRENTE A VIOLACIONES DE DERECHOS**

Una definición explicativa de lo que deberíamos entender por garantías constitucionales, la realiza Luigi Ferrajoli, para quien las garantías son: “(...) las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales, en coherencia con su estipulación constitucional. (...)”<sup>1</sup>. Estas técnicas que se recogen en los ordenamientos jurídicos positivos, están dirigidas de forma primordial para el funcionamiento de la institucionalidad del Estado, en su relación con la sociedad, por cuanto la finalidad primordial del Estado, desde un enfoque constitucional, es precisamente garantizar los derechos y las libertades de las personas particulares, fin último que deriva del texto del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que determina que un Estado carece de constitución, *si no existe separación de poderes y garantía para los derechos*.

Las garantías son introducidas en los ordenamientos jurídicos, a través de normas jurídicas positivas, que buscan descender de la abstracción en la cual se crea o reconoce un derecho mediante una norma, a la concreción de su aplicación a un caso específico, con la finalidad de reducir la brecha entre normatividad y efectividad o entre el deber ser y el ser.

Sin embargo, para entender con precisión qué son las garantías constitucionales; cuándo deben activarse; y, cómo operan, es necesario primero entender qué son los derechos, y cómo aparecen dentro de la estructura del Estado, pues una garantía tiene como antecedente un derecho al cual busca proteger, darle eficacia o hacerlo efectivo; de ahí nace ese vínculo

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 6ta. Edición, 2009, p. 25



directo entre derecho y garantía, que los liga para su operatividad, y que vuelve inoperante la existencia de uno sin el otro.

### **1.- Los derechos como presupuesto de las garantías.**

La primera aproximación que debemos hacer con respecto a los derechos, es que éstos actúan dentro de la esfera social; es decir, se los tiene o se los ejerce frente a los demás sujetos que forman parte del conglomerado social, por lo que un derecho configurará una *relación* de dos o más personas: “(...) lo que no sale de la esfera puramente individual, lo que no supera la vida del particular como tal, no es derecho (*ubi ius ibi societas*) (...)”<sup>2</sup>, por tanto, los derechos constituyen un fenómeno social que trasciende la individualidad del ser humano o del sujeto titular, y que como tal regula la convivencia en sociedad, estableciendo intereses o expectativas a un determinado sujeto, y obligaciones a otro u otros sujetos.

Una definición general de lo que se entiende por derecho, la realiza Wensley Newcomb Hohfeld, citado por el profesor Juan Antonio Cruz Parceró, de la cual derivan algunas implicaciones que más adelante las analizaremos. Para dicho autor, los derechos son: “(...) relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto a un objeto. (...)”<sup>3</sup>, definición que nos da un elemento adicional a dicha relación social: el carácter de jurídico<sup>4</sup> que recubre a la relación entre dos sujetos (relación jurídica).

De esta definición hasta cierto punto genérica, de lo que se entiende por derecho, nos otorga la idea que todo derecho se desarrolla dentro de lo que se conoce como *relación*

---

<sup>2</sup> Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 3ra. Edición, Bogotá, TEMIS, 2007, p.7

<sup>3</sup> Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos, Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 33

<sup>4</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 1er. Tomo “teoría del derecho”, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 348. “‘Relación jurídica’ es la relación deóntica entre dos sujetos jurídicos a uno de los cuales se le imputa una situación pasiva, sea ésta positiva o negativa, y al otro la situación activa consistente en la obligación o prohibición correspondiente a la primera.”

*jurídica de correlatividad*<sup>5</sup>, cuyos elementos serían los siguientes: 1) Dos o más sujetos sobre los cuales se desarrolla la relación jurídica: uno titular del derecho; y, otro obligado o destinatario de derecho; 2) El objeto del derecho que está determinado por el *interés* o la *expectativa* positiva o negativa, para el sujeto titular; y, 3) La *correlatividad* de la relación jurídica que es la correlación o correspondencia que existe entre el interés o expectativa que genera el derecho al titular; y, la obligación de satisfacción que recae sobre el sujeto obligado. Tomando como premisa estos elementos de la *relación jurídica de correlatividad*, Ferrajoli realiza la siguiente definición de lo que se entiende por derecho:

(...) En este sentido bien puede decirse que “derecho” es todo *interés jurídicamente protegido* por su calificación como expectativa en la realización o en la omisión de actos, en el primer caso obligatorios y en el segundo prohibidos como inválidos o como ilícitos. (...)

(...) Diremos en efecto que el derecho subjetivo es identificable con cualquier interés jurídicamente tutelado por el deber de otro de respetarlo; o, lo que es lo mismo, por la garantía representada por la obligación de satisfacerlo o por la prohibición de violarlo que se imputan a otros sujetos en relación jurídica con su titular.<sup>6</sup>

La definición de derecho como una *relación jurídica de correlatividad entre dos sujetos, respecto a un objeto*, que hemos recogido en líneas anteriores, corresponde al género *derechos subjetivos*; no obstante, para el análisis de la presente tesis vamos a referirnos a una parte de los derechos subjetivos que constituyen los derechos fundamentales, que según Pérez Luño, no son otra cosa que los derechos humanos positivados en el texto constitucional del

---

<sup>5</sup> Al respecto véase (J. Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos, Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, p. 37); véase también: (L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*, 1er. Tomo “teoría del derecho” p. 185 y 186). Ferrajoli a la relación jurídica de correlatividad la denomina relación deóntica. Véase también: Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2008, Madrid, p. 163 y 164. Alexy por su parte se refiere a esta relación como una relación triádica en la cual no sólo es importante los sujetos del derecho (titular y obligado), sino que también es importante el objeto del derecho; por tanto, la relación es triádica porque se configura entre los dos sujetos titular y obligado, sobre el objeto del derecho.

<sup>6</sup> (L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*, 1er. Tomo “teoría del derecho” p. 606).

Estado<sup>7</sup> que imponen condiciones esenciales para la prevalencia de la dignidad de la persona y su plena realización como ser humano, los cuales “(...) aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivización de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos.”<sup>8</sup>.

Sin embargo es necesario aclarar que existen corrientes doctrinarias que consideran que los derechos fundamentales constituyen una parte de los derechos constitucionales, reducidos a lo que se denominan libertades públicas, criterio que se fundamenta en la clasificación de derechos que realizan algunas constituciones<sup>9</sup>. Al respecto la Constitución del Ecuador no jerarquiza los derechos ni los clasifica en fundamentales o no fundamentales; por el contrario, considera que todos los derechos consagrados en la Constitución, además de ser inalienables, irrenunciables, interdependientes, indivisibles, son de igual jerarquía<sup>10</sup>. Para la presente tesis tomaremos una concepción ampliada de derechos fundamentales<sup>11</sup> en la cual se entiende por derechos fundamentales al universo que contiene a los derechos constitucionales, tomando como premisa que las acciones de protección y extraordinaria de protección se

---

<sup>7</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 11va. Edición, 2013, p. 42

<sup>8</sup> (A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 39)

<sup>9</sup> La Constitución de España de 1978 en la sección 1ra. constante en el capítulo II del Título I, establece de forma expresa cuáles son considerados como derechos fundamentales, separados de otros derechos constitucionales, como los derechos ciudadanos o económicos o sociales que no son considerados como fundamentales. De la misma forma, la Constitución de Colombia de 1991 clasifica a los derechos constitucionales en: derechos fundamentales; derechos sociales, económicos y culturales; y, derechos colectivos y del ambiente. Según esta clasificación constitucional, los derechos fundamentales son considerados como una parte de los derechos constitucionales.

<sup>10</sup> Esta clasificación está desarrollada en el numeral 6) del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>11</sup> Conforme se ha citado en páginas anteriores, Pérez Luño reconoce como derechos fundamentales a todo derecho humano positivado en una Constitución (A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 42). Por su parte Ferrajoli ha definido a los derechos fundamentales como: “(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; (...) (L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, p. 37). Según Ferrajoli esta definición *prescinde* de la condición que los derechos fundamentales se encuentren positivados en textos constitucionales.

activan frente a violaciones de derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Estos derechos fundamentales trascienden a los derechos subjetivos por su importancia de regulación de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil; y, por la función garantista de las condiciones mínimas de libertad necesarias para el desarrollo de la personalidad del ser humano, así como también como medio de satisfacción de las necesidades básicas para una vida digna. Esta finalidad la explica Perez Luño de la siguiente forma:

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano *subjetivo* siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el *objetivo* han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.<sup>12</sup>

La concepción de derecho que tomaremos en el presente trabajo que constituyen el antecedente de las garantías, corresponde a la definida como derechos fundamentales, y como tal es una concepción positivista que trasciende a la derecho natural, sin desconocer el origen natural de la mayoría de los derechos fundamentales<sup>13</sup> o humanos, que al ser positivados en un texto constitucional, emergen garantizados.

---

<sup>12</sup> (A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 21)

<sup>13</sup> Luis Pietro Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2da. Edición, 2009, p. 49: “Ésta era una de las <<verdades>>, tal vez la principal, que los autores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) sostenían por <<evidentes>>: que los hombres <<son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad>>, y que justamente para <<garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados>>. Conviene subrayarlo: los gobiernos no son realidades naturales queridas por Dios, son artificios creados por los hombres con una finalidad concreta, que es preservar sus derechos. (...).

La concepción de los derechos fundamentales se ha desarrollado en forma progresiva durante los diferentes épocas de la historia de la humanidad, por medio de conquistas de espacios de libertad que el ser humano ha ido alcanzando en desmedro de los poderes esencialmente públicos, pero también privados, y que se han ido desarrollando concomitantemente con el progreso de la sociedad. Por tal razón, no es la misma estructura que actualmente conocemos, la que tuvieron los derechos en la antigüedad (edad media), y por tanto resulta errado querer encontrar en la antigüedad derechos, de forma similar o con las mismas categorías o características de los derechos que conocemos en la época moderna<sup>14</sup>. Fioravanti ha explicado que en la antigüedad los derechos eran *ius involuntario*<sup>15</sup>; esto es, no sistematizado por escrito, de carácter corporativista, cuya titularidad no se atribuía a la persona en cuanto individuo o ser humano, como ocurre en la actualidad, sino que su titularidad estaba dada por la pertenencia de la persona a determinado estamento.

Serían tres las tradiciones jurídicas o modelos jurídicos matrices sobre los cuales se han desarrollado doctrinariamente los derechos fundamentales; a saber: 1) Un enfoque historicista; 2) Un enfoque individualista; y, 3) Un enfoque estatalista<sup>16</sup>. Sobre estos tres modelos genéricos se ha desarrollado el reconocimiento de los derechos fundamentales en las diferentes constituciones estatales.

Según Fioravanti en el modelo historicista se caracteriza por la continuidad de los tiempos; no existe una ruptura entre la edad media y la edad moderna; entre Estado absoluto y Estado de derecho; por el contrario se privilegia períodos largos de tiempo, en los cuales los derechos están establecidos de forma objetiva, por los usos frecuentes que se transforman en costumbres, que a través de la jurisprudencia se van desarrollando en forma paulatina, y que

---

<sup>14</sup> Maurizio Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, 5ta. Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 27

<sup>15</sup> (M. Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, p. 28)

<sup>16</sup> (M. Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, p. 25-53)

subtrae del poder político la disposición de los derechos que provienen de un orden natural de las cosas. Esta concepción historicista ha permitido una transición evolutiva desde la edad media hasta la época moderna sin mayores sobresaltos, reconociendo los diferentes estamentos que intervienen en la administración del Estado (monarquía, lores y comunes), cuyo reconocimiento establece la existencia de un gobierno moderado y limitado, por las diferentes fuerzas sociales.<sup>17</sup>

Por su parte, el modelo individualista parte de una ruptura con el pasado; separa la época medieval de la moderna, a la cual consideran marcada por la desigualdad por estar estructurada en estamentos, que establecen el reconocimiento de los derechos en forma privilegiada. En contrario a lo que ocurre en el modelo historicista, en el cual se reconocen las desigualdades, y partiendo de ese reconocimiento se conforma el poder Estatal con la participación de todos los diferentes grupos estamentales, el modelo individualista busca crear una nueva estructura del poder de imperio diferente al Estado absolutista, que es reemplazado por los Estados de derecho, el cual reconoce al individuo sus derechos naturales por su condición humana, positivados para garantizarlos de mejor forma, y que preexiste al Estado. Para romper la desigualdad que constituye la estructura estamental de la sociedad característica del modelo historicista, recurre a una norma jurídica positiva “todos somos iguales ante la ley” (principio de igualdad); es decir, esa desigualdad de hecho que existe en toda sociedad conformada por estamentos, se la soluciona con una norma que convierte en iguales de derecho a todos los seres humanos<sup>18</sup>. En cuanto al origen del poder estatal, éste es contractualista; esto es, proviene de la voluntad de todas las personas de autogobernarse; de otorgarse una forma de gobierno que garantice sus libertades.

---

<sup>17</sup> (M. Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, p. 26-35)

<sup>18</sup> Giovanni Tarello, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, Mexico D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 49

Finalmente, en el modelo estatalista, no reconoce un origen natural de los derechos, ni concibe al Estado como un medio que garantice los derechos que todo individuo posee por su condición de ser humano; por el contrario, antes de la organización de la sociedad a través del Estado, las personas no tenían derechos, por tal razón considera que es el Estado, a través de su estructura y su legislación, el que crea los derechos para sus súbditos. A diferencia de lo que ocurre en el modelo individualista en el cual se reconoce que el poder de gobernar tiene un origen contractualista, el modelo estatalista si bien reconoce la voluntad de los individuos como una necesidad para garantizar su seguridad, esta voluntad no proviene de un contrato voluntario, sino que proviene de un *pacto* de subordinación no negociable e irreversible, y por tanto, no se concibe un poder constituyente<sup>19</sup> como manifestación de la voluntad suprema del pueblo para autodeterminarse, por cuanto se niega la existencia de sociedad de individuos titulares de derechos antes del Estado. El pacto de subordinación a diferencia del contrato social no concibe un constituyente activo, y menos aun la posibilidad de insubordinarse al poder tiránico ejerciendo un derecho de resistencia.

A excepción de Inglaterra donde el fundamento de los derechos proviene del modelo historicista, ha sido la mixtura entre los demás modelos lo que ha caracterizado las doctrinas jurídicas de derechos que han imperado en las dos revoluciones que son consideradas como un hito en la estructura jurídica de los Estados, como son la norteamericana y la francesa. La revolución norteamericana tiene como fundamento de los derechos una mezcla entre la cultura historicista e individualista, y como tal es antagónica a la corriente estatalista, pasando como señala Benavides, “(...) de la protección básicamente legal de los derechos individuales por parte de los británicos, a la protección de base constitucional hecha por los

---

<sup>19</sup> (M. Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones*, p. 49): “Lo que la cultura estatalista no puede admitir es un poder constituyente entendido como contrato de garantía (contract) entre partes distintas, que ya poseen bienes y derechos y promueven el nacimiento del Estado político para poseer mejor los unos y los otros. (...)”

norteamericanos, (...)»<sup>20</sup>; y, por el contrario, la Revolución Francesa que nutre el fundamento de los derechos en una mixtura entre las corrientes individualista y estatalista, como antítesis de la corriente historicista.

Los Estados latinoamericanos por su condición anterior de colonias de España, adoptaron el mismo sistema de estructura estatal europeo-continental, influenciado por Francia, y la Revolución Francesa, cuyo fundamento como se ha manifestado anteriormente, es la combinación de las teorías individualista y estatalista. Por tal razón, la teoría del derecho en nuestros países, está fuertemente influenciada desde la conformación de los Estados, por el positivismo jurídico metodológico -ciencia del derecho descriptiva y no valorativa-<sup>21</sup>, que aparece como reactiva a reconocer o concebir como fundamento de los derechos positivos, los derechos naturales del individuo por su condición de ser humano. No obstante, desde finales del siglo XX existe una fuerte influencia en la estructura jurídica de los Estados latinoamericanos, del constitucionalismo contemporáneo, que ha coadyuvado a la creación o expedición de nuevos textos constitucionales que introduce como normas constitucionales, principios y valores que reconocen un origen natural y pre-estatal de los derechos fundamentales.

Este proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de los Estados, tuvo su origen con el reconocimiento de los derechos de libertad, denominados como derechos negativos, que buscan establecer una esfera de autonomía del ser humano, cuya intervención está vedada para el Estado. Posteriormente, se van sumando con el tiempo o se van reconociendo los derechos sociales o de prestación, de los cuales se requiere una intervención activa del Estado para su satisfacción.

---

<sup>20</sup> Jorge Benavides Ordóñez, *Los derechos humanos como norma y decisión*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 42

<sup>21</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2da. Edición, 2001, p. 40



Definido de manera introductoria qué son los derechos (relación jurídica entre dos sujetos con respecto a un objeto), especialmente los fundamentales, podemos ahora entrar al análisis de las garantías que van ligadas a los derechos, para su aplicación u observancia, centrándonos en las garantías constitucionales.

## **2.- Las garantías constitucionales y su clasificación en primarias y secundarias:**

Conforme se indicó al inicio de este capítulo, las garantías constitucionales constituyen técnicas que se recogen en un ordenamiento jurídico para brindar eficacia a los derechos, las cuales con el paso del tiempo se han ido ampliando y desarrollando debido a que el poder público siempre ha encontrado la forma de atrofiarlas; por tal razón, se requiere que se reinventen permanentemente o evolucionen con el paso del tiempo para mantener protegidos a los derechos.

Con respecto a las garantías, la doctrina constitucional ha realizado varias clasificaciones, dependiendo del enfoque de cada autor; y, de la forma cómo se han desarrollado en las constituciones; así por ejemplo: Ávila Santamaría<sup>22</sup>, ha clasificado a las garantías constitucionales según el objeto que éstas persiguen en: garantías materiales y garantías formales. Las garantías materiales que son aquellas que buscan reparar o restablecer los derechos de las personas; mientras que, las garantías formales tienen por finalidad reparar las violaciones a procedimientos constitucionales de producción normativa.

De igual forma, el profesor Grijalva<sup>23</sup>, realiza también ha clasificado a las garantías según los sujetos que intervienen en: garantías institucionales; y, garantías sociales. Las primeras están constituidas por las diferentes instituciones que tienen entre sus prerrogativas

---

<sup>22</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 186

<sup>23</sup> Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 243

proteger los derechos; mientras que las segundas, son las que ejercen los titulares de los derechos, mediante participación directa o indirecta.

Claudia Storini<sup>24</sup> en cambio, las clasifica a las garantías constitucionales de acuerdo a su naturaleza, en dos grandes grupos: El primer grupo que recoge a las garantías denominadas genéricas, abstractas o normativas, cuya característica fundamental es que están dirigidas o destinadas a los poderes públicos; y en el segundo grupo, que recoge a las garantías jurisdiccionales, procesales o específicas, que tienen una característica *reactiva*, cuya activación se le otorga al sujeto titular del derecho vulnerado.

Por su parte, el profesor Pérez Luño<sup>25</sup> haciendo una referencia específica a la Constitución española de 1978, manifiesta que en dicho texto constitucional, existen tres grandes grupos de garantías; a saber: 1) garantías normativas, que serían los *dispositivos normativos* que buscan asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales (poder vinculante, rigidez constitucional, reserva de ley y contenido esencial de los derechos); 2) garantías jurisdiccionales, que corresponde a los diferentes procedimientos que se pueden accionar ante un órgano jurisdiccional del Estado, para reparar o tutelar los derechos fundamentales violentados (acción de inconstitucionalidad, habeas corpus, acción de amparo, etc.); y, 3) garantías institucionales, que constituyen los mecanismos de actuación de las diferentes instituciones que realizan una *tutela institucional* de los derechos fundamentales (control parlamentario, Defensoría del Pueblo).

Sin perjuicio de las diferentes clasificaciones doctrinarias que se realizan de las garantías como las señaladas en los párrafos anteriores, así como también de otras clasificaciones que podrían realizar otros autores, para el presente trabajo tomaremos la

---

<sup>24</sup> Claudia Storini, “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, Editores, *La Nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009, p. 289

<sup>25</sup> (A. Pérez Luño, *Los derechos fundametales*, p. 61-102)

clasificación de las garantías en primarias y secundarias<sup>26</sup>, que según el profesor Grijalva<sup>27</sup>, esta clasificación le corresponde a Luigi Ferrajoli. Dentro de esta clasificación se encuentran recogidas todas las demás clasificaciones específicas que se han citado anteriormente; además, esta clasificación resulta más didáctica por la prelación y subsidiaridad como actúan; es decir, si funcionan las garantías primarias, no existe necesidad de activar las garantías constitucionales secundarias, por cuanto éstas son concebidas como métodos de reparación a los derechos constitucionales vulnerados, justamente cuando no han funcionado las garantías primarias; de ahí su característica reactiva.

### **2.1.- Las garantías primarias:**

Para Ferrajoli, las garantías constitucionales primarias, son las: “(...) normas de competencia que imponen al legislador, de un lado, la obligación de producir leyes de desarrollo o de garantía de las normas constitucionales sustantivas y, de otro, la prohibición de modificar tales normas si no es mediante un procedimiento agravado; (...)”<sup>28</sup>. La rigidez constitucional y la obligación del legislador de colmar las lagunas y evitar antinomias, se convierte de esta forma en una garantía primaria.

Algunos autores constitucionalistas han realizado una descripción de las que serían entendidas como garantías primarias; es decir, han definido dentro de los textos constitucionales, las normas o principios que constituyen una garantía considerada primaria. Por ejemplo, Grijalva cita como garantías primarias, entre otras, las siguientes: la rigidez constitucional; la reserva de ley; división del poder estatal en funciones; el contenido esencial de los derechos; y, el principio de legalidad<sup>29</sup>. Como podemos ver, estas garantías que se las

---

<sup>26</sup> (L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, p. 43)

<sup>27</sup> (A. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en el Ecuador*, p. 242)

<sup>28</sup> (L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*, 1er. Tomo “teoría del derecho” p. 867)

<sup>29</sup> (A. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en el Ecuador*, p. 249)

define como primarias, son casi las mismas que Pérez Luño las clasifica como garantías normativas o como garantías genéricas según la clasificación de Claudia Storini.

Estas garantías primarias están dirigidas a la institucionalidad del Estado; al correcto funcionamiento de las instituciones del Estado frente a la sociedad, que respondan a mantener vigentes los derechos fundamentales que se consagran en el texto constitucional, de manera que una vez constituido un Estado a través de una constitución, las instituciones no actúen al margen de las competencias establecidas en dicha constitución, y por tanto, no cambien o modifiquen la estructura del Estado o vulneren los derechos fundamentales. Las garantías primarias buscan dar permanencia en el tiempo, tanto a la parte orgánica como dogmática de la Constitución, razón por la cual la existencia de un Estado de derecho, que somete el ejercicio del poder al derecho, constituye de por sí una garantía.

## **2.2.- Las garantías secundarias:**

Cuando decidimos abordar las garantías constitucionales, partiendo de una clasificación en garantías primarias y secundarias, habíamos explicado que lo hacíamos, por una relación de prelación y subsidiariedad en su aplicación. Cuando funcionan las garantías primarias de un derecho constitucional, resulta innecesario recurrir o activar una garantía constitucional secundaria; por el contrario, cuando no han funcionado las garantías primarias, es procedente activar una garantía secundaria.

Las garantías secundarias son aquellos procedimientos jurisdiccionales constitucionalizados, de carácter reactivo, que se activan como un mecanismo de reparación o tutela de los derechos fundamentales, cuya finalidad es otorgar a los particulares una acción que se activa frente a violaciones de estos derechos fundamentales, o para precautelar cualquier amenaza inminente de violación. Estos mecanismos o procedimientos que se establecen en los textos constitucionales, como remedios para reparar las violaciones de los

derechos fundamentales de las personas, o para imponer sanciones cuando se producen dichas violaciones, se denominan *garantías secundarias*.<sup>30</sup>

Las garantías secundarias aparecen como una necesidad ante la insuficiente fuerza de las garantías primarias. Al constituirse los Estados modernos, específicamente los Estados de derechos, se pensó que la regulación constitucional de las competencias del Estado (orgánico-constitucional); y, la declaración de los derechos fundamentales del individuo, *per se* lograrían subsumir el ejercicio del poder estatal, en el marco constitucional. Si bien los textos constitucionales, principalmente en Europa continental, recogían en su texto declaraciones de derechos fundamentales, no establecía procedimientos de tutela de dichos derechos, lo que impidió que las primeras constituciones europeas se consoliden como instrumentos jurídicos, degenerando en instrumento de carácter político-orgánico, reguladores de procedimientos para ejercicio del poder. Creer que con la positivización de los derechos del ser humano en un texto constitucional, sin un procedimiento de tutela era suficiente para garantizar su observancia por quienes detentan el poder, constituye según Ferrajoli una *falacia garantista*.

Contrario a esta forma de concebir a las Constituciones en Europa continental, los Estados Unidos de América, desde su conformación como Estado, realizó otro enfoque del texto Constitucional, asumiéndolo como un instrumento jurídico que reconocía al ser humano como eje fundamental de la sociedad, y la garantía de sus derechos naturales, como la razón de ser del Estado. Por tal razón, la Constitución de los Estados Unidos de América, desde un inicio fue considerada como un instrumento jurídico fundamental, de aplicación directa por los Jueces, y con una jerarquía superior a cualquier ley, instrumento que en lo principal realiza una declaración de los derechos de las personas que el Estado está obligado a garantizar.

---

<sup>30</sup> (L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, p. 43)

Sobre el valor jurídico de la Constitución norteamericana, Roberto Blanco Valdez, ha manifestado lo siguiente:

(...) el concepto constitucional –en el sentido del valor de la Constitución- toma en la Europa continental y en los Estados Unidos dos caminos divergentes, que se traducen, en el primero de los casos, en la consideración de la Constitución, durante un largo período de tiempo, como un mero documento político, y, en el caso americano, en la afirmación, desde los momentos inmediatamente posteriores al triunfo revolucionario y a la aprobación del texto supremo de 1787, de la consideración de la Constitución como documento jurídico, con todas las importantísimas consecuencias que ello iba a implicar. Entre otras, y como fundamental la de la afirmación de instrumento de muy diferente naturaleza para garantizar, en uno y otro modelo, la defensa de la Constitución.<sup>31</sup>

Esta diferenciación de la forma de concebir a la Constitución entre la Europa continental y los Estados Unidos, como instrumento político en un caso, y jurídico en el otro, trajo como corolario que en el caso europeo, la Constitución como instrumento político podía ser modificado en atención al proyecto político de quienes detentaban el poder (constitución flexible), mientras que una de las características de la Constitución norteamericana, ha sido su rigidez, que deriva de la concepción jurídica de este instrumento. Esta característica de constitución flexible para el caso del constitucionalismo europeo continental, se mantuvo durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

Este proceso de desvinculación del derecho por parte del Estado en el modelo europeo continental, alcanzó su punto de inflexión en la primera mitad del siglo XX, con la instauración en Europa de regímenes totalitarios que soportaron varios países, como: Alemania; Italia; Unión Soviética, así como Japón en el continente asiático, que degradaron el hasta entonces existente Estado de derecho, en verdaderos Estados de policía, aniquilando los derechos de las personas, al extremo de haberse producido en aquellas épocas, los crímenes

---

<sup>31</sup> Roberto L. Blanco Valdés, *El Valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 39

más aberrantes en contra de la humanidad, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

La respuesta del constitucionalismo para conminar al poder estatal al cumplimiento u observancia de los derechos, fue establecer procedimientos constitucionalizados de enjuiciamiento a la actuación de los poderes públicos; se reformularon las teorías iuspositivistas, teorizando desde un enfoque mixto entre iuspositivismo y iusnaturalismo<sup>32</sup>, con lo cual se otorgaba también importancia al aspecto sustancial del derecho, y no únicamente al formal. Finalmente, se vinculó el derecho a los valores y a los principios, hasta ese entonces desconocidos como normas jurídicas por el positivismo, implementando de esta forma la juridicidad de los textos constitucionales.

### **3.- Desarrollo de las garantías constitucionales en el Ecuador.**

Como acabamos de ver, y como siempre ha ocurrido durante toda la historia de la humanidad, la lucha permanente del constitucionalismo y de los derechos humanos, se ha enfocado en encontrar mecanismos para limitar el ejercicio del poder. Frente a esa necesidad siempre imperante, aparece el garantismo constitucional para plasmar en la realidad los

---

<sup>32</sup> Hans Welzel, *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, p. 17-20: (...) La limitación al derecho positivo y el rechazo de todo derecho natural que estuviera por encima de aquel era el punto de partida evidente de la generación de juristas del siglo XIX y comienzos del XX. (...).

(...) Uno de los espíritus más finos de esa época, fallecido recientemente, Gustav Radbruch, consagró ética y filosóficamente en su conocida *Filosofía del Derecho* (cuya tercera edición apareció en 1932) el positivismo jurídico de ese momento: la justicia, escribía, es sólo la misión *secundaria* del derecho la seguridad jurídica es la primaria. "Quien puede *imponer* el derecho, demuestra de esta manera que es quien está llamado a *dictar* el derecho". "El juez tiene la obligación profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico ante la orden autoritaria del derecho, preguntar únicamente qué es lo que es derecho y nunca si también es justo." (...)

¡Así se escribía en el año 1932! (...) El Tercer Reich tomó el positivismo al pie de la letra. Llevó hasta sus últimas consecuencias la teoría positivista de que el Estado (...) "puede ordenar cualquier contenido jurídico, aun aquel que carezca absolutamente de ética". (...)

Radbruch, cuyas palabras escritas en 1932 en pro del positivismo jurídico acabamos de mencionar, decía ahora: "La ciencia del derecho debe reflexionar nuevamente sobre la milenaria sabiduría que afirma que existe un derecho superior a la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho racional, según el cual la injusticia es siempre injusticia, aun cuando se la vacíe en las formas de una ley; un derecho ante el cual el fallo pronunciado de acuerdo con una ley injusta no es justo sino injusto"

derechos fundamentales; para aterrizarlos de la abstracción en la que se encuentran; y, lograr controlar el ejercicio del poder<sup>33</sup>.

El Ecuador se constituye como Estado unitario e independiente en el año 1830, con la aprobación de la primea Constitución ecuatoriana en la ciudad de Riobamba, el 11 de septiembre de 1830. Esta Constitución -al igual que las demás constituciones ecuatorianas, hasta antes de la del 2008- parte de la concepción clásica de dividir el poder del Estado en tres funciones (legislativa, ejecutiva y judicial), con competencias claramente establecidas en su texto; por tanto, podemos considerar como la primera garantía constitucional que reconoce la Constitución al constituirse el Ecuador como Estado independiente, es precisamente la división del poder estatal en funciones independientes.

Esta primera Constitución ecuatoriana, en el título VIII denominado “De los derechos civiles y garantías”, establecía un cúmulo de garantías que gozaban los ciudadanos ecuatorianos; sin embargo, una peculiaridad de esta Constitución, es que no tiene un catálogo desarrollado de derechos, sino que éstos se deducían de las garantías reconocidas en su texto; es decir, para la promulgación de la primera Constitución del Ecuador, el constituyente no lograba diferenciar lo que son derechos de sus garantías, y por el contrario, la norma declarativa del derecho debía deducirse de las garantía reconocidas en la Constitución.

La próxima Constitución del Ecuador de 1835, con mayor tecnicismo que la anterior, corrige esta denominación de *derechos civiles y garantías*, de manera que en el Título XI se lo denomina únicamente “De las Garantías”, aunque en esencia se mantienen las mismas garantías que fueron establecidas en la Constitución de 1830, sin que exista, al igual que la anterior, un catálogo de derechos constitucionales. Un aspecto de relieves en esta Constitución, es la incorporación como garantía del principio de legalidad (Art. 15), como

---

<sup>33</sup> Luigi Ferrajoli, *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2da. Edición, 2009, p. 16



norma de actuación del Estado a través de sus instituciones. En dicha disposición se establece la obligación del Estado y sus instituciones de someter su actuación a las competencias establecidas en la Constitución, sin que pueda exceder los límites impuestos a cada una de las Funciones.

El 31 de marzo de 1843 se expide la tercera Constitución del Ecuador que continúa con la aplicación del principio clásico republicano de división del poder del Estado, en tres funciones, determinando competencias exclusivas para cada función. Esta Constitución, tomando en consideración que la Función Legislativa no tenía un funcionamiento continuo, crea una Comisión Permanente del Congreso e instaura por primera vez, el control político de constitucionalidad<sup>34</sup>, atribuyendo a dicha Comisión, velar por la observancia de la Constitución y de las Leyes.

Por otro lado, esta Constitución estructura por primera vez de forma taxativa y no derivados o deducidos de las garantías, algunos derechos de las personas, tales como: el derecho a la libertad de expresión y la igualdad ante la ley. Aparece también en esta Constitución, los primeros esbozos de una rigidez constitucional como garantía, vedando al Congreso la posibilidad de reformar la Constitución, en lo referente a la forma de gobierno; es decir, si bien el Congreso gozaba de amplias facultades para reformar la Constitución, mediante una norma constitucional (Art. 110), se restringe esta atribución excluyendo la

---

<sup>34</sup> Por Control de Constitucionalidad se entiende a los mecanismos procedimentales que se establecen en la Constitución o en las leyes, para asegurar la observancia de las normas constitucionales. La doctrina ha realizado varias clasificaciones con respecto al Control de Constitucionalidad; una de aquellas clasificaciones es en relación al Órgano controlador, que se divide entre: Control Político de Constitucionalidad y Control Jurídico de Constitucionalidad. El primero es el que se le asigna a órganos ajenos a la Función Jurisdiccional; mientras que, el Control Jurídico de Constitucionalidad recae sobre el órgano Jurisdiccional del Estado. En el numeral 1) del artículo 52 de la Constitución de 1843, se establece lo siguiente: “Art. 52.- Son atribuciones de la comisión permanente: 1.- Velar sobre la observancia de la Constitución y de las Leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes, hasta por segunda vez; dando cuenta al Congreso en su próxima reunión.”

posibilidad de reforma constitucional que tenga relación con la forma de gobierno establecida en la Constitución.

Esta atribución que inicialmente se le otorgó a la Comisión Permanente del Congreso, en la Constitución de 1843, es posteriormente atribuida al Consejo de Estado en la Constitución de 1851, que en esencia asume las mismas competencias que en su momento las tuvo la Comisión Permanente del Congreso; es más, los miembros de este Consejo de Estado eran designado en aquel entonces por el Congreso, lo que fue modificado con las posteriores constituciones, que vinculan a dicho Consejo, al poder Ejecutivo. Es en 1869 con la Constitución Política expedida en ese año, que aparece lo que podríamos denominar como un control jurídico abstracto y preventivo de constitucionalidad, al atribuirle a la Corte Suprema, la prerrogativa de dictaminar sobre la constitucionalidad de una ley, cuando el Ejecutivo objetare el proyecto de Ley remitido por el Congreso para su promulgación, por contrario a la Constitución.

En el año de 1906, mediante la promulgación de una nueva Constitución, el constituyente estableció la condición de Ley Suprema de la República, y como tal la obligación de adecuar la normativa infraconstitucional a su texto; además, realiza una clasificación de las garantías constitucionales, en: garantías nacionales; y, garantías individuales y políticas. Lo relevante de dicha Constitución, es que vincula la violación de las garantías constitucionales a infracciones de carácter penal<sup>35</sup>, con lo cual podríamos concluir

---

<sup>35</sup> En el Artículo 25 de la Constitución de 1906, se establece como una garantía nacional, que: “Los funcionarios o empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren; y respecto de los delitos y crímenes que cometieren con la violación de tales garantías, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Podrán ser acusados por cualquiera persona, sin necesidad de fianza ni firma de abogado; 2. Las penas que se impusieren al funcionario o empleado no podrán ser conmutadas ni indultadas durante el período constitucional en que se hubiese cometido la infracción; ni posteriormente, si no se hubiere cumplido, por lo menos, la mitad de la condena; y 3. Las acciones por estos crímenes y delitos, lo mismo que las penas impuestas a los responsables de ellos, no prescribirán ni empezarán a prescribir, sino después de dicho período constitucional.

que comienzan a configurarse lo que posteriormente se conoce como garantías secundarias; finalmente, al igual que en la Constitución de 1843 y 1845, otorga nuevamente el control político de constitucionalidad, al Consejo de Estado, órgano conformado por miembros de los tres poderes del Estado, del Tribunal de Cuentas, y miembros de la sociedad.

Es en 1928 con la Constitución promulgada en ese año, en el cual se realiza un gran avance en cuanto al control constitucional del ejercicio del Poder del Estado, con una estructura más elaborada del Consejo de Estado, otorgándole varias competencias que resultaban innovadoras para aquella época. Este órgano del Estado se le encarga la función de velar por la observancia de la Constitución, e inclusive se le faculta para que declare nulos los reglamentos y decretos expedidos por el Poder Ejecutivo, contrarios a la Constitución y la ley, con lo que aparece los primeros bosquejos de control posterior de constitucionalidad, aunque en una esfera reducida a norma infralegales. Otro aspecto innovador en esta Constitución, es la aparición de la jurisdicción contencioso administrativa, otorgada al Consejo de Estado, con lo cual este órgano se configura con competencias administrativas y jurisdiccionales. En cuanto al control anterior de constitucionalidad de las normas legales, se mantiene prerrogativas de esta naturaleza, en el poder Ejecutivo; Consejo de Estado; y, a la Corte Suprema, con la regulación de los procedimientos de creación de las normas legales. Finalmente, esta Constitución es la primera que desarrolla de manera expresa un catálogo de derechos para las personas, que no se derivan de las garantías constitucionales.

A finales de la primera mitad del siglo XX, en el Ecuador se produjo un conflicto bélico con el Perú, que culminó con la suscripción del Tratado de Río de Janeiro, estableciéndose una nueva línea limítrofe entre estos dos países, perjudicial para los intereses de nuestro país. Este hecho desencadenó una fuerte convulsión social al interno del Ecuador, que trajo consigo el derrocamiento del Presidente Carlos Alberto Arroyo del Río, que culminó

con la expedición de una nueva Constitución. Esta Constitución que entró en vigencia en el año de 1945, instauró por primera vez el Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>36</sup>, como órgano de control concentrado de constitucionalidad, en consonancia con lo que estaba ocurriendo en la Europa de post-guerra, aunque no con igual desarrollo en cuanto a las garantías como estaba ocurriendo en Europa.

Sin embargo, este nuevo órgano jurisdiccional, no corrió con igual suerte que los Tribunales Constitucionales creados en los citados países europeos, pues en el caso ecuatoriano, tuvo una existencia efímera al ser eliminado al año siguiente con la expedición de la Constitución de 1946, aunque reapareció nuevamente luego de 20 años, con la expedición de la Constitución de 1966, estos Tribunales de Garantías Constitucionales tenían competencias en extremo reducidas; incluso no podían actuar como legisladores negativos declarando la inconstitucionalidad de una ley, sino que por el contrario, si consideraba que una norma legal era inconstitucional, tenía que suspender la vigencia de dicha ley y remitir al Legislativo para que dictamine sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Esta competencia de suspender los efectos de una ley considerada inconstitucional, la mantuvo hasta antes de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, la Corte Suprema del Ecuador, aunque esta facultad de declarar la inconstitucionalidad, le estuvo atribuida al Congreso, hasta el año de 1996.

Es recién a partir de 1996<sup>37</sup>, cincuenta años después de haber alumbrado por primera vez, que nuevamente se reinstaura en el Ecuador, el Tribunal de Garantías Constitucionales, como un Tribunal con jurisdicción constitucional, que tenía como finalidad realizar el *control jurídico* de constitucionalidad, que con el transcurso de los años ha ido perfeccionando sus competencias y consolidando como un órgano jurisdiccional de aplicación y control de

---

<sup>36</sup> (J. Montaña Pinto, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Aspectos Generales*, p. 60)

<sup>37</sup> (J. Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador, La Acción de Inconstitucionalidad*, p. 74)

constitucionalidad, con competencias adicionales a las concebidas inicialmente de simple legislador negativo, hasta culminar dicho proceso de consolidación, con la expedición de la actual Constitución, que logra una estructuración muy elaborada en cuanto a sus competencias, a través de la nueva Corte Constitucional, órgano que por mandato constitucional constituye el *intérprete máximo* de la Constitución, excluyendo por primera vez en el Ecuador esta competencia al Poder Legislativo, que lo mantuvo hasta la vigencia de la Constitución de 1998, como el único intérprete de la Constitución, con carácter general y obligatorio.

Por otro lado, en cuanto al desarrollo de garantías secundarias en el Ecuador, el *habeas corpus* constituye la garantía secundaria que primero aparece en un texto constitucional ecuatoriano; la Constitución del Ecuador que entró en vigencia a partir del 26 de marzo de 1929, en el numeral 8) constante en el Art. 151, establece al *habeas corpus* como una garantía constitucional con el procedimiento que debía activarse frente a una violación al derecho de libertad. Con respecto a las demás garantías secundarias constitucionales, es recién en el año 1997, con la expedición de la Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 02 de fecha 13 de febrero de 1997, que se incluye el *recurso de amparo*<sup>38</sup> como *garantía secundaria* de los derechos constitucionales, recurso que tenía por finalidad la *tutela judicial efectiva* de los derechos consagrados en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, frente a violaciones provenientes de *acto ilegítimo* de autoridad administrativa pública. Adicionalmente también se incluyeron otras garantías además del *habeas corpus* existente con antelación, como el *habeas data* y la acción de inconstitucionalidad contra leyes.

---

<sup>38</sup> Es el Art. 31 de la Codificación de la Constitución de 1997, que incluye como una garantía al amparo constitucional, desarrollado por la Ley de Control Constitucional, publicada el 02 de julio de 1997, en el Registro Oficial No. 99, en su Art. 46 como un recurso.

Este *recurso de amparo* constitucional se mantuvo hasta la Constitución de 1998 como una *acción de amparo constitucional*<sup>39</sup>, con la salvedad que se incluyen a los particulares como sujetos pasivos de esta acción; es decir, que no solo procedía contra autoridad administrativa pública, sino que también contra particulares, cuando la actuación del particular afectare intereses comunitarios, colectivos o derechos difusos.

La acción de amparo constitucional como *garantías secundarias* para la reparación o restablecimiento de los derechos constitucionales violentados, tenía dos inconvenientes fundamentales en el Ecuador; a saber: en primer lugar esta garantías era netamente cautelar<sup>40</sup>, por tanto no lograba resolver el fondo del conflicto constitucional, por no establecerse mecanismos de reparación integral frente a violaciones de los derechos constitucionales; y por otro lado, tampoco procedía esta acción constitucional contra resoluciones emitidas por la Función Judicial, sobre las cuales el Tribunal de Garantías Constitucionales, no tenía competencia para revisar sus actuaciones jurisdiccionales. Sobre este aspecto, es interesante lo ocurrido en el caso colombiano, que al igual que en el Ecuador, la Constitución no establecía un procedimiento constitucional para atacar las resoluciones de la Función Jurisdiccional violatorias de derechos fundamentales; sin embargo, fue la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que creó esta posibilidad, al establecer la figura de las *vías de hecho*, para atacar actuaciones jurisdiccionales que violenten derechos constitucionales.

Conforme lo ha expresado Grijalva<sup>41</sup>, siempre ha existido en nuestro país una noción minimalista en cuanto a las garantías constitucionales, que ha pretendido *reducirlas* a la esfera jurisdiccional, con lo cual se ha dejado de lado como garantías, a las normas constitucionales;

---

<sup>39</sup> El Art. 95 de la Constitución Política del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 01 de fecha 11 de agosto de 1998, cambia la denominación a acción de amparo en reemplazo a la de recurso de amparo que hacía referencia la Ley de Control Constitucional de 1997.

<sup>40</sup> Pablo Alarcón Peña, "El Estado Constitucional de Derechos y las Garantías Constitucionales", en *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Jorge Benavides Ordóñez y Joel Escudero Solíz, Coordinadores, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013, p. 103

<sup>41</sup> (A. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en el Ecuador*, p. 239)

procedimientos constitucionales; y, a las autoridades públicas distintas de los jueces. Además de esta tendencia reduccionista de las garantías constitucionales al ámbito netamente jurisdiccional, se han establecido formulismos o procedimientos especiales a través de leyes, que han restringido el ejercicio de las garantías jurisdiccionales, a pesar de su reconocimiento constitucional.

Adicionalmente, en el Ecuador, la rigidez constitucional a pesar de haberse establecido como garantía primaria en casi todas las Constituciones, no ha funcionado como una garantía efectiva, no de otra forma se explica que durante toda la vida republicana haya existido veinte constituciones, cuyos períodos de vigencia han sido relativamente cortos, lo que se debe a la cosmovisión permanente que existió en el Ecuador, hasta casi finales del siglo XX, de considerar a la Constitución como un instrumento político de organización del Estado, y no como un instrumento jurídico declarativo de derechos. Por otro lado, todas las constituciones del Ecuador, hasta antes de la que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, han otorgado la posibilidad al Poder Legislativo de reformar la constitución, a través de procedimientos similares a los de reforma legal, y en otros casos, si bien se establecía ciertos candados<sup>42</sup> para dificultar la reforma, no limitaban el ejercicio de la competencia de reforma constitucional. Frente a esta realidad, Enrique Ayala Mora al realizar un análisis retrospectivo de la historia constitucional del Ecuador, ha concluido que:

En nuestra historia, se ha roto el régimen de derecho tan frecuentemente, no porque hubiera una gran presión social para modificar la estructura social o el régimen constitucional, sino porque las fuerzas dominantes de la sociedad buscaban una rápida recomposición del poder.  
(...)

---

<sup>42</sup> El Art. 139 de la Constitución de 1897, establecía un plazo de cuatro años contados desde la promulgación de dicha constitución, durante el cual no era posible reformarla.

Resulta claro que se ha convocado constituyentes, no tanto por la necesidad de adoptar una nueva Constitución, sino porque esos organismos han podido, muy rápidamente y con amplias atribuciones, legalizar una dictadura y establecer las reglas de juego del sistema político. (...) <sup>43</sup>

Estas características del constitucionalismo ecuatoriano, le otorgan ciertas peculiaridades que disuenan con las teorías constitucionales. Algunos autores constitucionalistas<sup>44</sup> coinciden en afirmar que la Segunda Guerra Mundial, constituyó un hito que marcó un antes y un después en la concepción de los derechos y del constitucionalismo. Tomaron fuerza los derechos humanos, con un enfoque supraestatal, de manera fundamental en los países europeos que soportaron los estragos de dicha guerra mundial, que acordes con estos cambios expedieron nuevas Constituciones, principalmente en países como: Alemania e Italia, de manera inmediata a la Segunda Guerra Mundial; y posteriormente, en España y Portugal, entre otros.

En estos nuevos textos constitucionales, además del reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, con una fuerte influencia iusnaturalista, establecieron los mecanismos de protección y reparación por vulneración de estos derechos fundamentales; es decir, se reforzaron tanto las garantías primarias, y por otro lado, se crearon las garantías secundarias que buscaba la tutela de los derechos vulnerados, estableciendo para aquello la institución encargada de garantizar la vigencia de estos derechos fundamentales, cuya función principal fue constituirse en el contrapeso del poder estatal, para limitarlo, bajo la concepción

---

<sup>43</sup> Enrique Ayala Mora, "Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador" en *Historia Constitucional, Estudios Comparativos*, Enrique Ayala Mora, Editor, Quito, Corporación Editora Nacional, 2014, p. 16 y 17

<sup>44</sup> Al respecto véase: Ferrajoli Luigi, "Derechos y garantías, la Ley del más débil", Madrid, Editorial Trotta, p. 67; Gerardo Pisarello, "Un largo termidor", Madrid, Editorial Trotta, p. 137



Kelseniana<sup>45</sup>. De esta forma aparece la justicia constitucional, como una necesidad imperante principalmente para la supremacía de la constitución y la garantía de los derechos fundamentales de las personas, puesta en manos de jueces especializados.

La idea que subyace a la creación de todos estos tribunales es garantizar la supremacía constitucional y la sujeción de todos los poderes públicos a los mandatos de la Constitución; de igual modo, detrás de la estructura y funcionamiento de la jurisdicción constitucional concentrada está la idea de que la realización de la democracia requiere de un órgano independiente a los poderes políticos que garantice la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos frente a los eventuales abusos del inmenso poder administrativo del Estado: esta sería la esencia que define no solo la justicia constitucional, sino al propio modelo democrático constitucional actual.<sup>46</sup>

#### **4.- El Ecuador como Estado garantista:**

En el año 2008 se introdujo en el Ecuador una nueva Constitución, con una fuerte influencia en su texto de las corrientes de pensamiento del constitucionalismo contemporáneo; incluso algunos autores lo han re-definido a este constitucionalismo como parte de un proceso inédito regional o andino, haciendo referencia a los procesos constituyentes suscitados en las dos últimas décadas, en países como: Venezuela, Bolivia y Ecuador, que se enmarca dentro de una nueva corriente de pensamiento constitucional, que lo han denominado *constitucionalismo transformador*<sup>47</sup>.

Esta nueva Constitución define al Ecuador en su primer artículo, como un *estado constitucional de derechos y justicia*, lo que nos da una idea inicial del tipo de Estado

---

<sup>45</sup> Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, p. 87-98

<sup>46</sup> Juan Montaña Pinto, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Aspectos Generales*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Tomo I, 2012, p. 60.

<sup>47</sup> Al respecto véase: Ramiro Ávila Santamaría *"El Neoconstitucionalismo Transformador"*, Quito, ediciones Abya-Yala, 2011, p. 75-80; y, Boaventura de Sousa Santos *"Refundación del Estado en Latinoamérica"*, Quito, ediciones Abya-Yala, 2011.

concebido por los constituyentes; es decir, según el texto constitucional el Ecuador estaría enmarcado en lo que denomina Zaffaroni<sup>48</sup> como un Estado de derecho, como antítesis del estado de policía. No sólo el primer artículo de la Constitución que da la definición del Estado ecuatoriano, lo enmarcan al Ecuador como un estado de derecho -o de derechos<sup>49</sup> y justicia como consta en la actual Constitución-, sino que el texto constitucional en su integridad es cargado de un extenso catálogo de derechos que gozan las personas e incluso la naturaleza, así como también de múltiples garantías que introduce la Constitución para hacer valer los derechos.

El desarrollo de las garantías en la actual Constitución es profundo, lo que permite concluir que esta Constitución fue concebida desde un enfoque garantista, que propugnan una aplicación directa de las normas constitucionales sin necesidad de desarrollo legislativo con normas infraconstitucionales. Por tanto, se establece que la actual Constitución ecuatoriana es garantista, “(...) porque tiene garantías para todos los derechos reconocidos y contra todo poder.”<sup>50</sup>

Dentro de este enfoque garantista de la actual Constitución del Ecuador, se recogen tres tipos de garantías constitucionales que pueden activarse para que la vigencia de los derechos que consagra dicha Constitución, sea plena y eficaz; a saber: 1) Garantías normativas; 2) Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; y, 3) Garantías jurisdiccionales.

---

<sup>48</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006, p. 21: Quien se pregunta en su escritorio cómo se puede concebir un estado, tarde o temprano dará con dos figuras ideales o modelos puros: el estado de derecho (liberal/democrático) y el estado de policía (totalitario/autoritario). En el estado de derecho ideal todos estaríamos sometidos por igual ante la ley; en el estado de policía ideal todos estaríamos sometidos a la voluntad de los que mandan (policía es aquí sinónimo de gobierno, o sea que la opción es entre someternos todos al derecho –incluyendo al gobierno- o someternos todos al poder arbitrario del gobierno).

<sup>49</sup> (G. Pisarello, *Un Largo Termidor*, p. 201)

<sup>50</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías, Ensayos Críticos*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 181

#### **4.1.- Las garantías normativas.-**

Las garantías normativas están establecidas como garantía primaria, a través de una norma Constitucional que obliga a todo órgano del Estado que goce –valga la redundancia- de potestad normativa, a adecuar las normas producidas, a los derechos previstos en la Constitución. Esta garantía normativa guarda relación con lo que se denomina *democracia sustancial*<sup>51</sup>, pues determina no sólo la forma de producción normativa como ocurre en una *democracia formal*; esto es, a quién y de qué forma le corresponde generar las normas, sino que además, qué es lo que resulta posible decidir a través de la producción normativa.

Esta garantía normativa pretende establecer a los órganos democráticos, o más específicamente de producción normativa, la esfera de lo indecible; esto es, lo que está vedado decidir a las mayorías o a los órganos de producción normativa, sea a través de la producción de normas jurídicas o inclusive a través de reformas a los diferentes cuerpos normativos del Ecuador. Pero también obliga al legislativa a colmar las lagunas constitucionales o eliminar las antinomias que existan con las normas de la Constitución.

Adicionalmente, esta garantía normativa, consolida la prohibición de violación al núcleo esencial de los derechos que ha sido reconocida como una garantía primaria, al establecer la imposibilidad que con una reforma constitucional; con la expedición de leyes o cualquier otra norma jurídica, así como a través de los actos del poder público, se pueda menoscabar los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; por tanto, la actividad de producción normativa que realizan los diferentes órganos que mantienen esta competencia, debe partir de los derechos, para desarrollarlos de manera progresiva, mas no para restringirlos.

Sin embargo, a pesar de la vigencia de las garantías primarias que obliga al Estado a crear la normativa jurídica, desarrollando de manera progresiva los derechos y garantías,

---

<sup>51</sup> (L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, p. 23)

existen varios casos de normas jurídicas que podrían considerarse regresivas con relación a los derechos constitucionales. Un ejemplo de aquello constituye la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, que restringe el ejercicio de las garantías jurisdiccionales de acción de protección, estableciendo en el artículo cuarenta y dos caso de improcedencia de la acción de protección, que no están determinados en la Constitución.

#### **4.2.- Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana.**

Este tipo de garantías también forman parte de lo que hemos denominado garantías primarias; parten de reconocer que el eje conductor en la estructura del Estado ecuatoriano, son los derechos. Por tanto, desde esta concepción, las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos, son garantías que buscan el reconocimiento de estos derechos, y fundamentalmente consolidar en las personas el buen vivir, para lo cual recurre al principio de solidaridad, inclusive anteponiendo al interés general, el interés del individuo.

Estas políticas públicas, al constituir una garantía, no pueden afectar en forma individual un derecho constitucional a pretexto de prevalencia del interés general, obligando a las autoridades a reformular o encontrar medidas alternativas, para no vulnerar derechos.

Están comprendidas dentro de este tipo de garantías, la participación ciudadana, que persigue la intervención activa de la sociedad civil en la formación de políticas públicas, para lo cual se recurre a lo que se denomina “silla vacía”<sup>52</sup>. Esta garantía que se fundamenta en lo que establece el Art. 95 de la Constitución del Ecuador, permite a cualquier persona de la sociedad civil intervenir directamente en las sesiones que lleve a cabo los Gobiernos Autónomos Descentralizados, participando en el debate y en la toma de decisiones. En lo que respecta al Gobierno Central, esta garantía se limita, por cuanto no se permite una

---

<sup>52</sup> Art. 101 Constitución de la República del Ecuador: “Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados serán públicas, y en ellas existirá la silla vacía que ocupará una representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisión.”

participación directa en el debate a la sociedad civil, sino que únicamente la posibilidad de presentar propuestas y proyectos.

Otra forma de reconocer la participación ciudadana como garantía primaria, es la garantía de democracia directa que se activa por iniciativa popular. Esta garantía permite a la sociedad civil, previo cumplimiento de los parámetros que se describen en la propia Constitución, proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa; de igual forma proponer reformas de normas e inclusive convocar a una nueva Asamblea Constituyente, a través de la consulta popular.

Este mecanismo de consulta popular consagra en la actual Constitución del Ecuador, la garantía de participación ciudadana, otorgando a la ciudadanía amplias facultades para solicitar convocatoria a consulta popular, para tratar cualquier asunto de interés nacional, regional o seccional.

#### **4.3.- De las garantías jurisdiccionales.-**

El desarrollo de las garantías jurisdiccionales en la actual Constitución del Ecuador, resulta generoso en comparación a las anteriores Constituciones. Son múltiples los procedimientos jurisdiccionales establecidos como garantías, a los cuales puede recurrir las personas para evitar la vulneración o buscar el restablecimiento de un derecho constitucional vulnerado, procedimientos que se los ha estructurado de manera especializada, dependiendo de la forma de violación o vulneración del derecho. Actualmente tenemos como procedimientos jurisdiccionales los siguientes: Acción de protección; acción extraordinaria de protección; acción de habeas corpus; acción de habeas data; acción de incumplimiento; acción de acceso a la información pública; acción de inconstitucionalidad; y, finalmente existe también las medidas cautelares constitucionales que pueden ser activadas en forma conjunta con cualquiera de las demás garantías o en forma independiente. De todas estas garantías

jurisdiccionales, me referiré de manera particular únicamente a la acción de protección y extraordinaria de protección, que son fundamentales para el análisis de este trabajo.

#### **4.3.1.- Aproximaciones generales a la acción de protección:**

Sobre la acción de protección de manera preliminar podemos decir, que constituye una *garantía secundaria*, que recoge la actual Constitución de la República del Ecuador, cuyo objetivo principal es: “(...) el amparo eficaz y efectivo de los derechos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, o bien que, por la naturaleza del caso, no se procesen por medio de las acciones por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.”<sup>53</sup>.

Esta acción constitucional, reviste ciertas peculiaridades frente a las acciones de justicia ordinaria, debido a los derechos que pretende proteger (derechos constitucionales), considerados la esencia en la estructura de un Estado de derechos y justicia, el cual tiene como eje transversal de la estructura del Estado, la justicia como un valor preponderante para el Estado; y, los derechos constitucionales, como el medio por el cual la sociedad en forma individual y colectiva, pueden alcanzar su plena realización.

Frente a la gran importancia que el legislador constitucional otorga a los derechos de las personas en esta nueva concepción de Estado, se establecen mecanismos expeditos que permitan reparar o evitar las violaciones a estos derechos fundamentales para las personas; por tal razón, esta acción cuenta con ciertos elementos que lo caracterizan, y que a la vez, lo diferencian de las demás acciones de justicia ordinaria; tales como: la sencillez o informalidad del procedimiento; trámite expedito; y, la celeridad en su tramitación, cuyos plazos hasta la

---

<sup>53</sup> Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La Acción de Protección en el Ecuador, Realidad jurídica y social*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013, p.81

culminación definitiva con la fase de apelación, son indudablemente muy inferiores al de cualquier proceso que se tramite en justicia ordinaria.

Otro elemento característico de la acción de protección con relación a las *garantías secundarias* que se establecían en la anterior Constitución, (acción de amparo constitucional), y que constituye un avance en la efectividad de esta acción, es el hecho de haber superado los efectos cautelares que mantenían las sentencias de la acción de amparo constitucional, para entrar en el campo de una acción reparatoria integral. La acción de protección no busca solo suspender los efectos de una actuación violatoria a los derechos constitucionales, sino que va más allá; pretende restablecer las condiciones existentes con antelación a la vulneración del derecho, y por tanto, reparar íntegramente los daños sufridos por el titular del derecho constitucional.

La acción de protección reviste una reparación integral<sup>54</sup> en la violación de los derechos, que comprende la reparación no sólo del daño material ocasionado con dicha violación, sino que además del daño inmaterial, otorgando un abanico de posibilidades al juez constitucional para lograr dicha reparación integral, teniendo la obligación el juzgador de expresar en forma individualizada las obligaciones a cargo del accionado con las cuales se busca dicha reparación integral, e inclusive interviniendo en forma activa el afectado quien debe ser escuchado para poder determinar las acciones u omisiones que está obligado realizar el accionado.

---

<sup>54</sup> Art. 18 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. (...)

#### **4.3.2.- Aproximaciones generales a la acción extraordinaria de protección:**

La acción extraordinaria de protección, aparece en el constitucionalismo ecuatoriano, como una innovación frente a una realidad que en otros países como Colombia tuvo que sortearse a través de la jurisprudencia. Las garantías jurisdiccionales en el Ecuador siempre han estado dirigidas contra instituciones del Estado diferentes a la Función Jurisdiccional; es decir, el órgano jurisdiccional por antonomasia (Función Judicial), se encontraba al margen del control de sus actuaciones por parte de los Jueces Constitucionales.

La experiencia enseñó al constitucionalismo ecuatoriano, que las violaciones a derechos constitucionales o derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos, también podían producirse en la tramitación de los procesos jurisdiccionales, y de manera específica por inobservancia de las reglas del debido proceso, sin que exista un mecanismo de reparación de dichas violaciones, pues se entendía que la Corte Suprema del Ecuador -ahora Corte Nacional- era un órgano de cierre en la tramitación de los procesos jurisdiccionales; y si dicho órgano de cierre no evidenciaba la violación de derechos constitucionales en las etapas procesales anteriores, o más grave aún, si la violación de los derechos constitucionales se producía en la tramitación del recurso de casación o revisión en materia penal, no existía un mecanismo constitucional o *garantía secundaria* que permitiera reparar dicha violación.

Frente a esa realidad se instituye en el texto constitucional la acción extraordinaria de protección como *garantía secundaria*, con lo cual se introduce como sujeto contralado, a la Función Judicial, hasta ese entonces al margen de cualquier control por parte del Juez Constitucional.

Tanto la acción de protección como la acción extraordinaria de protección, tienen por objeto principal, el amparo directo y eficaz de los derechos consagrados en la Constitución y en Tratados Internacionales de derechos humanos; sin embargo, a primera vista podríamos



establecer que la diferencia fundamental que existe entre estas dos acciones constitucionales, está dada por el órgano accionado o sujeto pasivo en el proceso; es decir, por el órgano del cual proviene la violación del derecho constitucional o fundamental.

Mientras que la primera se interpone contra violaciones de derechos constitucionales o derechos humanos que provienen de autoridad pública administrativa no judicial; o, contra particulares, bajo ciertas condiciones; la segunda, se interpone en los mismos casos, con la diferencia que dichas violaciones deben provenir exclusivamente de la Función Judicial, a través de sentencias o autos definitivos que pongan fin a los procesos jurisdiccionales, sobre los cuales no existe ningún recurso legal.

Pero adicionalmente, la acción extraordinaria de protección, a diferencia de la acción de protección, es una acción constitucional *residual*, pues está supeditada a la existencia de procesos jurisdiccionales concluidos sobre los cuales no exista ningún recurso legal disponible.

Esta acción verifica actuaciones jurisdiccionales culminadas, para establecer si en la tramitación del proceso se produjeron violaciones a derechos constitucionales o derechos humanos consagrados en tratados internacionales, especialmente al debido proceso, cuya resolución ataca al proceso en su validez, declarando la nulidad del proceso jurisdiccional desde la fase en la cual se hubiere producido la violación de derechos constitucionales.

Esto ha generado gran confusión en la práctica, pues se ha pretendido utilizar dicha acción como una instancia adicional, buscando que la Corte Constitucional emita sentencia de mérito resolviendo el fondo del litigio jurisdiccional, lo que está vedado para dicha Corte, pues las competencias entre estos dos órganos son diferentes.

Una vez que hemos recogido algunas definiciones de lo que son las garantías constitucionales; su introducción y evolución en el constitucionalismo ecuatoriano, hasta

descender a la composición general de la acción de protección y extraordinaria de protección que es materia de la presente tesis, tomando como antecedente la estructura y operatividad de los derechos fundamentales, entraremos ahora a recoger ciertos aspectos importantes con respecto a la teoría del Estado, enfocándonos en el Estado moderno, con la finalidad de relacionar el desarrollo integral que existe entre: derechos fundamentales; garantías constitucionales; y, el Estado, lo cual nos permitirá establecer el rol estatal en el desarrollo y aplicación de los derechos y garantías.

## **CAPÍTULO II**

### **EL ROL ESTATAL EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS**

¿Qué rol cumple el Estado en la aplicación o ejercicio de los derechos?; ¿cuáles son los sujetos que intervienen en la relación jurídica donde se desarrollan los derechos?, son las interrogantes que pretendemos responder en este capítulo. Para ello indagaremos en el origen del Estado Moderno cuya conformación comienza a partir del siglo XV y que ha ido evolucionando hasta nuestros días.

En base a estos tópicos introductorios, y determinando cuáles son los fines del Estado moderno; su estructura organizacional; y, su relación con las garantías de los derechos, nos permitirá establecer el rol que cumple el Estado frente a los derechos, en su dimensión de garante, objetando en consecuencia la tesis que invoca la titularidad de los derechos a favor del Estado<sup>55</sup>, por contrariar los postulados básicos del Estado moderno, que constituye la garantía de los derechos.

#### **1.- Orígenes del Estado moderno:**

Por Estado se entiende la institución jurídico-política de organización de la sociedad en determinado territorio, que goza además de un poder político soberano. Los Estados conforme hoy los conocemos, son parte de un proceso dialéctico de varios siglos durante los cuales la sociedad ha ido evolucionando en su organización política de forma cada vez más elaborada y compleja, sobre un territorio que se demarcó y consolidó a través de la unión de aldeas, ciudades y feudos, hasta alcanzar la estructura actual.

---

<sup>55</sup> La Corte Constitucional del Ecuador, a través de varias sentencias emitidas al resolver acciones extraordinarias de protección incoadas por instituciones del Estado que han intervenido en procesos jurisdiccionales o constitucionales, ha establecido como posible que las personas jurídicas, y por ende el Estado, a través de sus instituciones, puedan activar esta garantía constitucional, cuando consideren vulnerados sus derechos constitucionales. En el desarrollo de los siguientes capítulos, abordaremos los fundamentos jurídicos y doctrinarios de esta posición.

Para Georg Jellinek<sup>56</sup>, y Norberto Bobbio<sup>57</sup>, “Estado” es un término que comienza a utilizarse a partir del siglo XVI, para definir las nuevas estructuras de organización político y jurídica de la sociedad que se habían configurado en Europa y que marcaban una transición entre la época medioeval y la moderna. Según los citados autores, Nicolás Maquiavelo fue quien inicialmente en el año 1532, recurre a este término en su obra “El Príncipe”, dedicada a Lorenzo de Médicis, para entender o denominar a los territorios organizados políticamente, que ejercían poder de imperio sobre las personas; en la parte inicial del primer capítulo de la citada obra de Maquiavelo, expresa que: “Cuántos Estados y cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son principados o repúblicas. (...)”<sup>58</sup>

Si es a partir del siglo XVI que se comienza a definir como Estado a la organización política de la sociedad en determinado territorio, resulta evidente que el Estado es una institución política relativamente reciente, sin embargo, existe una disputa doctrinaria con respecto a reconocer como “Estados”, únicamente a las instituciones político-jurídica de organización social que se estructuran en la transición entre el medioevo y la edad moderna, debate que ha dado origen a dos teorías contrapuestas que se clasifica en: *continua* y *discontinua*<sup>59</sup>. La teoría *continua* considera que el Estado ha existido desde siempre, como un ente orgánico<sup>60</sup>, que se constituye concomitantemente con la organización del ser humano en sociedad, por cuanto es connatural a la condición de ser humano, organizarse políticamente a

---

<sup>56</sup> Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1978, p. 97

<sup>57</sup> (N. Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad, Por una teoría general de la política*, p. 86)

<sup>58</sup> Nicolás Bernardo de Maquiavelo, *El Príncipe*, Buenos Aires, editorial TOR, 1939, p. 13

<sup>59</sup> (N. Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad, Por una teoría general de la política*, p. 86-93)

<sup>60</sup> La teoría continua sobre el origen del Estado, encuentra en la *Polis* de Roma o a la ciudad-Estado de Grecia, las primeras formas de Estado, ya que muchas instituciones políticas que adopta el Estado moderno, ya existieron en esas organizaciones políticas, y por tanto consideran que tanto en el Estado siempre ha existido como una forma de organización de la sociedad y que con el transcurso de tiempo únicamente se ha ido perfeccionando.

través de un Estado; por el contrario, la teoría *discontinua*<sup>61</sup> separa las formas de organización de la sociedad que existieron en la antigüedad, con las nuevas formaciones u organizaciones de la sociedad de impronta europea que se comenzaron a configurar en el ocaso de la época medioeval, consolidándose de forma paulatina en un proceso evolutivo, cuya estructura se mantiene hasta la actualidad; es decir, para la teoría discontinua, el Estado es la institución que se estructura a partir de la transición de la edad media a la edad moderna, descartando definir de esta forma a las organizaciones político sociales de la antigüedad.

Tomando en cuenta el objeto del presente trabajo que pretende establecer la relación del Estado con los derechos, y el ejercicio de las garantías, acogeremos la concepción *discontinua* de los orígenes del Estado, empleando como premisa el Estado europeo moderno, cuyo modelo es el adoptado de forma generalizada en todos los continentes<sup>62</sup>, principalmente por los países de Latinoamérica<sup>63</sup>, ya que recién en la edad moderna dicha Institución

---

<sup>61</sup> (N. Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad, Por una teoría general de la política*, p. 89): “El problema del nombre “Estado” no sería tan importante si la introducción del nuevo término en los umbrales de la época moderna no hubiese dado ocasión para sostener que no solamente corresponde a una necesidad de claridad terminológica sino que resolvió la exigencia de encontrar un nombre nuevo para una realidad nueva: la realidad del Estado precisamente moderno que debe considerarse como una forma de ordenamiento tan diferente de los ordenamientos anteriores que ya no puede ser llamado con los nombres antiguos. Efectivamente, es una opinión muy difundida y sostenida con autoridad por los historiadores, juristas y escritores políticos que con Maquiavelo no únicamente se inicia el éxito de una palabra sino la reflexión sobre una realidad desconocida para los escritores antiguos, y de la cual la nueva palabra es un ejemplo, de manera que sería oportuno hablar de “Estado” únicamente para las formaciones políticas que nacen de la crisis de la sociedad medieval, y no para los ordenamientos anteriores.” (...)

<sup>62</sup> Véase: José Antonio de Gabriel, “La formación del Estado Moderno”, en *Manual de Ciencia Política*, Rafael del Águila, Editor, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 36: “En las páginas que siguen analizaremos, en primer lugar, los pasos iniciales de un cierto tipo de Estado, el Estado europeo moderno, que triunfa en los siglos centrales del segundo milenio de nuestra era y que, con la expansión colonial europea por los cinco continentes y las sucesivas oleadas de descolonización, se generaliza como modelo universal en la segunda mitad del siglo XX. (...)”

<sup>63</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico, Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Madrid, Editorial Iberoamericana – Vervuert, 2006, p. 29. Según Waldmann Europa ha ejercido una fuerte influencia en la estructura política y organizacional de los países de América latina, por cuanto esta región ha sido la que ha permanecido por mayor tiempo bajo dominio o colonización por Estados europeos. Téngase en cuenta que España y Portugal mantuvieron bajo su dominio esta región por más de trescientos años.

adquiere el monopolio del poder de *imperium* que engloba a la facultad jurisdiccional de aplicar y declarar el derecho, que lo diferencia de las instituciones políticas del medioevo<sup>64</sup>.

Para entender cómo comienza a configurarse el Estado moderno, recurrimos a tres trabajos que abordan con solvencia este tema: un estudio que realiza Maurizio Fioravanti<sup>65</sup>, denominado “Estado y Constitución”; otro estudio que realiza José Antonio de Gabriel<sup>66</sup>, denominado “La Formación del Estado Moderno”; y finalmente, otro de Ignacio Sotelo<sup>67</sup>, denominado “Estado Moderno”. Estos autores coinciden en afirmar que antes de la consolidación de los Estados Nacionales, no existía una cohesión política territorial que nos permita concebir a los precarios reinos o principados, como una unidad organizada desde un vértice; la unidad territorial dependía de alianzas privadas, denominadas “pactos de vasallaje o contratos de dominación”, que derivan de una práctica medieval de *consilium y auxilium*<sup>68</sup>, en la cual, los caballeros o señores feudales colaboraban con el rey en la administración territorial, pero principalmente en las guerras, entendidas como la forma típica de adquisición de nuevos dominios, a través de sus ejércitos privados (mercenarios), a los cuales no les importa la defensa de una nación como tal, sino más bien los beneficios económicos que pueden adquirir, por medio de la guerra.

---

<sup>64</sup> Sobre este tema, Roberto Blanco Valdés expresa lo siguiente: “(...) pese al creciente proceso de monopolio de recursos de dominio que se había producido bajo el período histórico de vigencia de las monarquías absolutas, aquéllas no fueron nunca, hablando en términos precisos, formas de Estado, en su más profunda esencia. El Estado, es decir, el Estado burgués capitalista, constituirá la primera forma de organización del poder político que habrá de posibilitar que aquél se hiciese, aunque de forma relativa, autónomo del poder económico y se erigiese en instancia de la sociedad separada y distinta de todas las demás; que se alzase frente a la sociedad civil como instancia del poder despersonalizado, que, al no identificarse con ninguna clase, familia, dinastía o soberano, podría mostrarse aparentemente como perteneciente a todos en conjunto y no como expresión concreta de ninguno. <<El Estado liberal es el primer poder absoluto de la historia>>, es decir, el primer poder que no admite competidores, (...)”, Roberto L. Blanco Valdés, *El Valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, p. 31 y 32

<sup>65</sup> Maurizio Fioravanti, “Estado y Constitución”, en *El Estado moderno en Europa, Instituciones y derecho*, Maurizio Fioravanti, Editor, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 13-43

<sup>66</sup> (J. de Gabriel, “La formación del Estado Moderno”, en *Manual de Ciencia Política*, p. 35-52)

<sup>67</sup> Ignacio Sotelo, *Estado Moderno*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Filosofía Política II, “*Teoría del Estado*”, Edición de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 25-43

<sup>68</sup> (M. Fioravanti, *Los derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, p. 29)

Ignacio Sotelo y José Antonio de Gabriel, afirman que el inicio de la conformación de los Estados nacionales, es producto del debilitamiento de dos poderes preponderantes en la edad media, enfrentados en lo militar y en lo ideológico; a saber: El Papado y el Imperio. De esta confrontación se fortalecerán las pequeñas –en relación con el imperio- estructuras de organización social, como son los reinos y principados, que aglutinando territorios, configuran o toman cuerpo como Estados-nación<sup>69</sup>.

No obstante, esta consolidación no fue fácil, pues la transición de la edad media a la moderna, constituyó una época de permanente convulsión interna y externa, que luego de varias guerras suscitadas entre los diferentes reinos o territorios europeos, inclusive por décadas, culminó con la suscripción del tratado de Westfalia<sup>70</sup>, concebido como el pacto que permitió en un inicio definir territorialmente a los Estados europeos, y que permitió continuar con la consolidación de la organización social interna.

Para Fioravanti, este proceso de consolidación de los Estados modernos, transcurre en un período de aproximadamente seiscientos años, comprendidos entre el siglo XIV y XX, período durante el cual la sociedad organizada va asumiendo diferentes formas, dentro de diferentes experiencias constitucionales, complejas y multiformes, hasta convertirse en la institución concentradora de poder que ahora conocemos. Según este autor, existe un “hilo conductor” que se inicia con la transición entre la edad media a la moderna; y que, para entender el origen y consolidación del Estado moderno, es necesario introducir la noción de “gobierno”, ineludible para la administración y organización en los diferentes territorios de Europa, que se configura a través de los siguientes elementos:

---

<sup>69</sup> Véase (J. de Gabriel, “La formación del Estado Moderno”, en *Manual de Ciencia Política*, p. 39); véase también (I. Sotelo, *Estado Moderno*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Filosofía Política II, “*Teoría del Estado*”, Edición de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 28-30)

<sup>70</sup> A.W. Ward, “La Paz de Westfalia”, en *Monografías Históricas, La Guerra de los Treinta Años*, Barcelona, Editorial Sopena, p. 653-709

- a) Un señor que ejercita (...) los poderes de *imperium*, (...) con referencia a un *territorio* - provincia, condado, principado, reino, Land- (...)
- b) Una Asamblea representativa (...) -Landtage, Parliaments, Cortes, Stati generali u otra- y desarrolla una doble función decisiva: por un lado pone límites al señor, manteniendo íntegros los privilegios y los ordenamientos de los estamentos y de las localidades que se encuentran dentro del territorio, por otro lado colabora en el gobierno del mismo territorio, (...) al que dedica, con ciertas condiciones, recursos concretos, (...);
- c) La presencia de reglas, por lo general de origen consuetudinario, que ahora comienzan a redactarse por escrito, asumiendo así el significado de un auténtico contrato entre el señor y las fuerzas presentes en el territorio: (...) <sup>71</sup>

De esta forma comienza a estructurarse el Estado moderno, como una necesidad de administrar o gobernar un determinado territorio, que permita organizar internamente a la sociedad y ejercer el poder de *imperium* de manera reglada, en la que intervienen las diferentes fuerzas o estamentos sociales, que persiguen un fin común de todos, y que de forma paulatina se someten en unidad central del poder.

Dentro de este proceso evolutivo mediante el cual se van consolidando los Estados, uno de los elementos fundamentales de los cuales se nutre para lograr su fortalecimiento conforme hoy lo concebimos, es el de soberanía, concepto que al igual que el de Estado, ha sufrido con el paso del tiempo múltiples variantes. El concepto de soberanía<sup>72</sup> hace referencia a una cualidad personal de autodeterminación, autosuficiencia o autonomía en el actuar y disponer sin necesidad o dependencia de otro sujeto. “La palabra soberanía viene de *supremus*, en latín

---

<sup>71</sup> (M. Fioravanti, “Estado y Constitución”, en *El Estado moderno en Europa, Instituciones y derecho*, Maurizio Fioravanti, p. 14)

<sup>72</sup> Contrario a un concepto general de lo que se entiende por soberanía, para Carl Schmitt la soberanía se enmarca en el ámbito de la decisión, más que en el monopolio de la autodeterminación, coacción legal o mandato, pues entiende por Soberano, “(...) quien decide sobre el estado de excepción.”. Lo importante de la soberanía según Schmitt, es establecer quién es competente para resolver cuando el ordenamiento jurídico no resuelve el problema de la competencia, lo que se vislumbra cuando estamos frente a un estado de excepción. (Carl Schmitt, *Teología política*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 13-20)



vulgar, que significa lo más elevado, lo supremo, lo inapelable. De modo que la noción de soberanía, referida al Estado, es la potestad que éste tiene para conducir sus pasos sin más condicionamiento que su propia voluntad”<sup>73</sup>.

Según Georg Jellinek<sup>74</sup>, la concepción de soberanía aparece en Francia en la época medioeval, a finales del siglo XIII, como un concepto negativo para justificar la separación entre el monarca y la iglesia. La monarquía francesa teorizando a través del principio de soberanía, buscaba aislar cualquier injerencia que pueda ejercer el poder eclesiástico, en la administración del reino o nominación del rey, y por tanto: “(...) El rey no reconoce ningún señor superior a sí. No recibe su reino de nadie a título de feudo. El principio, pues, de que el rey es independiente, fue formulado por primera vez en la literatura francesa; (...)”<sup>75</sup>

Sin embargo, inicialmente la soberanía no se la entendía como proveniente del pueblo que conforma un Estado<sup>76</sup> (soberanía popular) conforme hoy es concebida, sino que por el contrario, se la consideraba como un atributo inherente al gobernante, en ejercicio de un derecho privado de *dominium* del monarca sobre las tierras que gobierna en una especie de derecho patrimonial sobre sus propiedades inmobiliarias, y sobre todo lo que en ella se asienta, incluido el ser humano<sup>77</sup>, derecho de origen supuestamente divino que pretendía legitimar el poder por ser una derivación en la tierra del poder divino.

---

<sup>73</sup> Véase en <http://www.encyclopediadelapolitica.org>, Rodrigo Borja Cevallos, *Enciclopedia de la política*.

<sup>74</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 331 y 332)

<sup>75</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 334)

<sup>76</sup> Sobre la diferenciación entre soberanía popular y soberanía nacional, véase el Estudio de Ramón Máiz “LOS DOS CUERPOS DEL SOBERANO, El problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la revolución francesa”, ([www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primer/pdf/maiz.pdf](http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primer/pdf/maiz.pdf)). En este estudio se parte del análisis de la diferencia entre soberanía nacional y soberanía popular realizada por Carré de Malberg, que a criterio del autor, es la dominante entre los iuspublicistas franceses. En este análisis se establece que la soberanía popular, parte del concepto de pueblo en unión de cada uno de sus miembros en generación presente, que ejercen sus potestades de autogobierno, de forma democrática, sea de forma directa o a través de sus representantes. Por el contrario, la soberanía nacional parte de un concepto abstracto de nación, como cuerpo ficto, y como tal sin voluntad propia, que requiere como parte de su estructura órganos e instituciones que expresen la voluntad.

<sup>77</sup> Bartolomé Clavero, *Happy Constitution*, cultura y lengua constitucional, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 12: “Con anterioridad, (...) existían tan sólo <<por modo secundario en cuanto integrantes de tal o cual ordo,

Posteriormente, este concepto de soberanía va evolucionando hasta transformarse con las teorías contractualistas<sup>78</sup> sobre el origen del Estado; y, por la deslegitimación del origen divino del poder monárquico<sup>79</sup>, en un atributo de pueblo en su conjunto, que se expresa a través de la Ley; pero también, como una facultad de autodeterminación del Estado sin ninguna injerencia de otros Estados. Es decir, la soberanía se convierte en un concepto político-jurídico fundamental para el Estado, que tiene connotaciones internas e internacionales. No obstante, Ignacio Sotelo<sup>80</sup> va más allá en cuanto al principio de soberanía, y manifiesta que el concepto de soberanía, no necesariamente debe entenderse desde el enfoque de soberanía popular, ya que en el siglo XIX se produjeron tres corrientes diferentes que teorizan sobre la soberanía: 1) La corriente inglesa que deposita la soberanía en la Corona y en el Parlamento; 2) La corriente francesa que deposita la soberanía en la nación; esto es, en el conjunto de ciudadanos; y, 3) La corriente alemana que hace descansar a la soberanía sobre el Estado, para lo cual crea la ficción del Estado como persona jurídica.

## **2.- Formas de evolución del Estado.-**

Partiendo de la forma de gobierno y de la forma de ejercicio de la soberanía podemos establecer también las formas de Estado que se ha venido conformando o estructurando durante este proceso de consolidación de los Estados, cuya división suprema, según Georg

---

estamento, corpus, o cualquier otra entidad>> colectiva. Estas otras entidades, y no por sí mismos los individuos, serían entonces como sujetos sociales. (...)”

<sup>78</sup> Véase: Jean-Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Bogotá, Editorial Gráficas Modernas, 2005, p. 29-31: “(...) que no siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general, nunca se puede enajenar, y que el Soberano, que es un ente colectivo, sólo puede estar representado por sí mismo: el poder bien puede transmitirse, pero la voluntad no. (...)”

Por la misma razón que la soberanía no se puede enajenar, tampoco se puede dividir; pues o la voluntad es general o no lo es: o es la voluntad de todo el pueblo, o tan sólo la de una parte. En el primer caso, la declaración de esta voluntad es un acto de soberanía y hace ley; en el segundo no es más que una voluntad particular, o un acto de magistratura y cuando más un decreto.”

<sup>79</sup> Véase: Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 46

<sup>80</sup> Ignacio Sotelo, *Estado Moderno*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Filosofía Política II, “*Teoría del Estado*”, Edición de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 34

Jellinek<sup>81</sup> sería: monarquía y república, que es la misma división que en su momento la realizó Nicolás Bernardo de Maquiavelo en su obra “El Príncipe”. Jellinek manifiesta que arrancando de esta *división suprema*, a través de la subdivisión de estos géneros, se puede establecer diferentes categorías o especies de Estados; no obstante advierte: “(...) Tanto más especiales son los tipos, tanto más estrechos son los conceptos con que se les debe describir y mayores las excepciones que admite el tipo, las que, o conducen a formar otros nuevos, o establecer formas mixtas. Las mismas formas puras son imperfectas, y por tanto incapaces de denominar la realidad.”<sup>82</sup>

La doctrina constitucional<sup>83</sup> ha preferido describir este transitar evolutivo del Estado, a través de tres modelos subsecuentes de Estado; a saber: Estado absolutista; Estado de derecho; y, Estado constitucional. Si bien Maurizio Fioravanti<sup>84</sup> también se adscribe a los modelos de Estado que se han sucedido desde la conformación del Estado moderno en el siglo XIV hasta nuestros días (Estado absoluto; Estado de derecho; y Estado constitucional); no obstante, él prefiere referirse al Estado absoluto como Estado jurisdiccional, ya que en esta primera estructura de la sociedad, el gobierno no logra consolidar de forma exclusiva el poder de

---

<sup>81</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 505-554):

“La monarquía es el Estado dirigido por una voluntad física. La nueva doctrina considera como esencial al monarca el que ésta tenga un derecho propio, originario, no derivado, a la soberanía. (...) Es de naturaleza de Derecho Privado, en cuanto pone al monarca fuera del Estado y, por tanto, fuera de una relación jurídica con el mismo. Así, pues, sólo puede conciliarse con una concepción teocrática o patrimonial del Estado. (...) Para comprender mejor la naturaleza de la monarquía moderna, se han de considerar, ante todo, los tipos históricos fundamentales en lo que respecta a la relación del monarca con el Estado. Dos tipos esenciales habrán de distinguirse: o el monarca está sobre y fuera del Estado, o dentro del mismo. (...)”.

“(...) La república apareció allí en oposición intencional a la monarquía ; es más, en la conciencia de sus fundadores era simplemente *no monarquía*. Su contenido originario estaba reducido a la negación del dominio de uno solo, lo que se expresaba con la palabra de que se servían para designarla: “Para los romanos, res publica correspondía exactamente a lo que los ingleses llaman Commonwealth, y designaba exclusivamente lo que es común.(...)”

<sup>82</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 506)

<sup>83</sup> Véase: Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador, el estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Editorial Abya Yala, 2011, p. 107-120; Véase también: Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ductil, ley derecho, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 9na. Edición, 2009, p. 21-41

<sup>84</sup> (M. Fioravanti, “Estado y Constitución”, en *El Estado moderno en Europa, Instituciones y derecho*, Maurizio Fioravanti, Editor, p. 16-29)

*imperium*, con un solo ordenamiento jurídico, despojando a los demás estamentos de sus privilegios tanto territoriales como jurisdiccionales.<sup>85</sup>

Es necesario realizar un análisis genérico de las características más importantes de cada una de estas formas de Estado, para lo cual vamos a referirnos de manera somera a estas tres formas o modelos de Estado que reconoce la doctrina constitucional.

## **2.1.- El Estado Absolutista.-**

Esta forma o modelo de Estado aparece en la primera fase de consolidación del Estado moderno, cuya característica principal es su forma de gobierno (monárquicos), los cuales se van estructurando desde inicios del siglo XIV hasta bien entrado el siglo XVIII. Según Ramón Cotarelo, el Estado absolutista *clausura* una época que fuere denominada por Hegel como “poliarquía medieval”, caracterizada precisamente por la dispersión del poder de *imperium* en diferentes estamentos, a quienes se le va privando o restringiendo de forma paulatina sus prerrogativas regias sobre sus tierras<sup>86</sup>.

A esta primera formación del Estado moderno, se lo define como absolutista por la concentración del poder de *imperium* en una sola persona, reconocido como monarca. El monarca gobierna sin observancia de reglas, y anulando la intervención de los demás estamentos que formaban parte de la estructura administrativa de los nacientes Estados; esta forma absolutista de gobernar el Estado, se fundamenta en la aplicación del principio *legibus solutus*<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> (M. Fioravanti, “Estado y Constitución”, en *El Estado moderno en Europa, Instituciones y derecho*, Maurizio Fioravanti, Editor, p. 20)

<sup>86</sup> Ramón Cotarelo, *Teoría del Estado*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, “Filosofía Política II, Teoría del Estado”, Edición de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 18

<sup>87</sup> Esta expresión en latín *legibus solutus* constituye un principio reconocido en el derecho romano, que establece que el gobernante ejerce su gobierno sin ningún tipo de limitación o restricción, que no sea su propia conciencia.

Para Mauricio Fioravanti generalizar estas características como esenciales en la primera fase de la formación de los Estados modernos, es una posición reduccionista<sup>88</sup>, por cuanto utiliza como generalidad un fenómeno particular de ejercicio del poder por parte de determinados monarcas, en un delimitado período; por tal razón, prefiere referirse a esta primera fase de conformación del Estado moderno, como Estado jurisdiccional, en reemplazo de Estado absolutista.

La posición de Fioravanti parte de reconocer que la estructuración de los Estados modernos es un proceso evolutivo cuya primera fase abarca desde el siglo XIV hasta el siglo XVIII; que dentro de estos cuatro siglos aproximadamente que conforman esta primera etapa, particularmente entre los años 1660 y 1730, se consolidaron monarquías absolutistas, pero no en toda Europa, sino que básicamente en Francia, bajo la corona de Luis XIV, y parcialmente en Inglaterra. Son particularmente estas monarquías las que ejercieron el poder de *imperium* de forma absoluta, sin la intervención de los Consejos o Cámaras que formaban parte de la estructura estatal, lo que imposibilita generalizar como una forma de Estado a un fenómeno específico o particular, cuando durante toda esta primera fase de conformación del Estado moderno, no necesariamente existieron monarcas que ejercieron de forma absolutista el poder de *imperium* o de gobierno.

---

<sup>88</sup> (M. Fioravanti, "Estado y Constitución", en *El Estado moderno en Europa, Instituciones y derecho*, Maurizio Fioravanti, Editor, p. 19): "(...) Si con tal expresión –Estado absoluto– entendemos la tendencia de algunas monarquías europeas, sobre todo a lo largo del siglo XVII, a simplificar en sentido absolutista la forma de gobierno monárquica, reduciendo los poderes de los Consejos que cooperaban con los soberanos, o de los sujetos institucionales que podían ejercer cierto control sobre la acción de la misma monarquía, entonces en este sentido, con <<Estado absoluto>> indicamos una línea de tendencia bien clara que aún describe y califica excelentemente una fase concreta de la historia constitucional europea en sus diversas variantes: la francesa de largo reinado de Luis XIV (1661-1715), que absolutista fue de verdad, precisamente por la tendencia del soberano a gobernar reduciendo al máximo el papel del Consejo, convertido en un órgano puramente técnico, y el de los parlamentos, cuyo poder de rechazar la legislación regia reduce sensiblemente, o la inglesa de la primera mitad del siglo XVII, igualmente orientada en sentido absolutista (...). En este sentido, está bien claro qué significa absolutismo político: la tendencia de la monarquía a operar con éxito en algunos casos, con dificultad en otros como en Inglaterra, en sentido monocrático, eliminando cada vez más las distintas formas de reparto del poder que se habían estratificado en el tiempo."

La descripción como Estado jurisdiccional, es más amplia, y como tal abarca el fenómeno del ejercicio del gobierno absolutista por parte de ciertos los monarcas. Se dice que esta primera formación estatal, es jurisdiccional, porque inicialmente se ejercía un “(...) gobierno que no actúa a través de una administración delegada para expresar en todo lugar, tanto en el centro como en cada punto de la periferia, la presencia y la fuerza del *imperium*, sino a través de la jurisdicción, que permite de manera más bien elástica gobernar una realidad territorial compleja, esencialmente con la intención de mantener la paz, de asociar y mantener en equilibrio las fuerzas existente.”<sup>89</sup>. Es decir, son jurisdiccionales por reconocer la heterogeneidad de la producción jurídica o mejor dicho la pluralidad de ordenamientos jurídicos por determinado territorio o estamento, los cuales se van restringiendo en esta primera fase de consolidación del Estado moderno, hasta monopolizarlos el Estado.

## **2.2.- El Estado de derecho.-**

El Estado de derecho se estructura y consolida entre el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, con una finalidad *destituyente*<sup>90</sup> del anterior Estado absoluto o jurisdiccional, fenómeno que se produjo con la transición de los Estados monárquicos a los Estados republicanos. En esta segunda fase de la conformación del Estado moderno, la titularidad de la soberanía que durante la primera fase (Estado absolutista o jurisdiccional) se le había atribuido al monarca, se traspasó a la sociedad en su conjunto, soberanía que se expresaba desde ahora, a través de la Ley<sup>91</sup>, entendida como la máxima expresión de la voluntad

---

<sup>89</sup> (M. Fioravanti, “Estado y Constitución”, en *El Estado moderno en Europa, Instituciones y derecho*, Maurizio Fioravanti, Editor, p. 18)

<sup>90</sup> Véase: Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes, Camino para la ruptura democrática*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 48: “(...) todos estos procesos constituyentes, al igual que ocurre con los que acompañaron las revoluciones modernas, vienen precedidos de una fase destituyente. Esto es, de una fase de desplazamiento de los poderes existentes que se produce, bien a través de la lucha (como el caso de la resistencia al fascismo) y la presión social, bien por la vía electora. Esta fase destituyente da origen, en segundo lugar, a la instauración de nuevas instituciones, (...)”

<sup>91</sup> Conforme lo expresa Gustavo Zagrebelsky, el Estado de derecho es un estado en esencia legislativo, que se afirma a través de la introducción del principio de legalidad, lo que suponía la reducción del derecho a la ley, como fuente primigenia del derecho. (G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, p. 24)

general<sup>92</sup>, y como tal fuente reguladora de la actuación estatal al establecer las formas de ejercicio de las prerrogativas de gobierno.

El Estado de derecho además de romper con las estructuras monárquicas como forma de gobierno de los Estados, buscó eliminar la heterogeneidad del derecho y su imprecisión, lo que se alcanzó a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, a través del movimiento de codificación<sup>93</sup>, con lo cual se logró sistematizar el ordenamiento jurídico, por medio de los códigos, es decir, es derecho, lo que está codificado por el legislador como tal.

Se introduce a través del Estado de derecho o legislativo<sup>94</sup>, el principio de legalidad, que pretende desterrar cualquier forma de arbitrariedad por parte de quienes ejercen el poder de *imperium*, que deben subsumir su actuación a lo que previamente está establecido en la Ley como prerrogativas o competencias de actuación. Aparece también la administración pública, como encargada –valga la redundancia- de administrar el Estado ejecutando las leyes creadas por el legislador como expresión de la voluntad soberana; y finalmente, se estructura la prerrogativa jurisdiccional de forma privativa y exclusiva por parte del Estado, asignada a uno de sus órganos (jurisdiccional), independiente de los demás, basados en el principio de separación de funciones. No obstante, el órgano legislativo resulta preponderante frente a los demás órganos, por sus prerrogativas de expresar la voluntad general, mediante la Ley, a la cual se debían someter las demás funciones estatales, así como también los ciudadanos.

---

<sup>92</sup> (D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 60)

<sup>93</sup> Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica, con referencia particular a la dogmática penal*, México D.F., Ediciones Coyoacan, 2011, p. 28

<sup>94</sup> Véase: Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, Tomo 1 Teoría del Derecho, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 461-462. La denominación de Estado Legislativo viene dada según Ferrajoli por la primera revolución jurídica moderna, que consolida el monopolio del Estado de la producción del derecho, a través de la legislatura, expresado mediante codificaciones de las Leyes. En esta primera fase del Estado de derecho, se le dio importancia a la forma de producción jurídica, que debía observar los procedimientos legislativos preestablecidos; es decir, para que una norma jurídica pueda considerarse legítima era suficiente que el órgano productor haya observado el procedimiento de creación.

Vale tomar en cuenta que al igual como ocurre en la primera fase de conformación del Estado Moderno (Estado jurisdiccional), durante esta segunda fase que corresponde a la consolidación de los Estados de derecho, se van produciendo varias transformaciones que modifican la estructura del Estado, que inicia con la forma de Estado liberal de derecho, posteriormente democrático, y finalmente como Estado social y democrático de derecho.

El Estado liberal es la forma inicial como aparece el Estado de derecho<sup>95</sup>, caracterizado por una estructura social estamental, marcada todavía por los privilegios de ciertos estamentos posesionarios de la riqueza. Recordemos que la estructura social europea hasta finales del siglo XVIII, principalmente en Francia e Inglaterra, estaba formada por tres estratos bien marcados; a saber: 1) La nobleza o aristocracia; 2) El clero; y, 3) El común o resto de la sociedad. En Francia esta composición social estamental tenía su representación en lo que se denominaron Estados Generales; sin embargo, el Tercer Estado, que era el estamento de los comunes o de la sociedad en general, constituía el 96% de la nación<sup>96</sup>, que mezclaba a artesanos, comerciantes, agricultores, profesionales, fabricantes, artistas, en fin, al grueso de la sociedad, algunos de los cuáles encontraron un nuevo medio de riqueza<sup>97</sup> gracias a la

---

<sup>95</sup> Para Norberto Bobbio, el liberalismo que es la esencia del Estado liberal, tanto en lo teórico como en lo práctico, tiene su origen en Inglaterra en el siglo XVII, con la “*great rebellion*”, que introdujeron todas las ideas sobre la libertad personal, de religión, de expresión, de prensa, que constituyen el sustrato de las teorías liberales (Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, México D.F, Editorial del Fondo de Cultura Económica, 15va. reimpresión, 2014, p. 54 y 55)

<sup>96</sup> Albert Soboul, *La Revolución Francesa*, Barcelona, Editorial Ediciones ORBE S.A., 1985, p. 20

<sup>97</sup> (A. Soboul, *La Revolución Francesa*, p. 12): “(...) En el siglo XVIII la burguesía estaba a la cabeza de las finanzas, del comercio, de la industria; proporcionaba a la monarquía tanto técnicos administrativos como los recursos necesarios para la marcha del estado. La aristocracia, cuyo papel no había dejado de disminuir, seguía no obstante en el primer rango de la jerarquía social: pero se estancaba en casta, en tanto que la burguesía crecía en número, en poder económico y también en cultura y en conciencia. (...) como clase progresiva ejercía una atracción victoriosa tanto sobre las masas populares como sobre los sectores disidentes de la aristocracia. Pero la ambición burguesa, llevada por la realidad social y económica, topaba con la letra aristocrática de las leyes y de las instituciones.



propiedad mobiliaria<sup>98</sup>, pero como parte del Tercer Estado, su representación política, era prácticamente nula.

Esta realidad social que afrontaban las sociedades europeas, generó lo que denomina Ramón Cotarelo<sup>99</sup>, una reacción de la burguesía al Estado absolutista, que se apalanca en la Constitución estatal; y, en la declaración de derechos del individuo. Se introduce el principio de igualdad como derecho fundamental, para romper los privilegios estamentales y se traslada como se dijo anteriormente la soberanía del monarca al pueblo, cuya voluntad general, es expresada a través de la Ley. El Estado liberal constituye en lo económico, la consolidación del sistema capitalista que propugna por un Estado mínimo<sup>100</sup>, garante de una libertad de mercado, el cual no necesita regulación estatal, sino que es regulado por sí solo.

Si bien el Estado liberal había recogido el derecho a la igualdad con la declaración de los derechos del hombre, esta igualdad era puramente formal, principalmente en lo político, ya que el derecho al sufragio era censitario<sup>101</sup>, cuyo ejercicio estaba supeditado a ciertas cualidades de la persona generalmente de índole económica; frente a esta realidad el Estado liberal de derecho experimenta una transformación con la introducción del sufragio universal que lo convierte también en Estado democrático.

Estas transformaciones introducidas inicialmente por el Estado liberal y posteriormente por el democrático, no fueron suficientes para eliminar las desigualdades sociales y económicas existentes en los Estados, por cuanto las declaraciones de derechos realizadas por

---

<sup>98</sup> Según Albert Soboul hasta bien entrado el siglo XVIII, como consecuencia de la estructura social de Francia (aristocrática), la tierra era la única forma de riqueza social, que confería a sus propietarios no sólo el derecho de disposición de la producción, sino inclusive un poder sobre quienes la cultivaban. Frente a este fenómeno, frente a este fenómeno aparece a partir del siglo XI una nueva forma de riqueza "mobiliaria", que permitió consolidar con el paso del tiempo la clase social burgués, y la transición del sistema económico feudal al capitalista. (A. Soboul, *La Revolución Francesa*, p. 11 y 12)

<sup>99</sup> (R. Cotarelo, *Teoría del Estado*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, "*Filosofía Política II, Teoría del Estado*", Edición de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 20)

<sup>100</sup> (N. Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, p. 7). "(...) por "liberalismo" se entiende una determinada concepción del Estado, la concepción según la cual el Estado tiene poderes y funciones limitados, (...)"

<sup>101</sup> (R. Cotarelo, *Teoría del Estado*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, "*Filosofía Política II, Teoría del Estado*", Edición de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 21)

el legislador a través de las constituciones o las leyes, se enfocaban únicamente en los derechos de libertad, caracterizados por una no intervención del Estado en la esfera privada del ser humano (Estado mínimo), y por tanto, desentendiéndose de las múltiples necesidades básicas que requerían sus ciudadanos, como salud, educación, trabajo, seguridad social. Se consolida una fuerte crítica por ser el Estado liberal un Estado despreocupado de los social, lo que obligó a introducir como derecho, los conocidos como derechos de tercera generación, o de prestación, que transforman el rol del Estado, de inactivo o indiferente a la realidad social, en actor preponderante no solo para garantizar, sino que para satisfacer estas necesidades básicas de sus ciudadanos. Esta estructura se la conoce como Estado social y democrático de derecho.

### **2.3.- El Estado constitucional.-**

Al Estado de derecho se la acusa de no haber podido limitar el ejercicio del poder, especialmente de las mayorías legislativas, vinculados a la Ley en la formalidad o ritualidad de su expedición, y no a su contenido. Además, conforme lo indica Zagrebelsky<sup>102</sup>, la intromisión de grupos de presión o de poder al interno de las legislaturas, como por ejemplo, los partidos políticos, coadyuvó a un deterioro de los principios de generalidad y abstracción que debía revestir a las leyes, proliferando cada vez con mayor frecuencia leyes de carácter *sectorial y temporal*; estas leyes buscaban legitimar privilegios específicos para determinados grupos de poder, degenerando el proceso legislativo de creación de leyes, en un *sui generis* entramado de negociaciones políticas, que dejaban de lado la representación general de la sociedad, para dar paso a los intereses grupales.

Frente a la crisis en la cual decayó el Estado de derecho, producto de múltiples sucesos históricos, como los que se describen anteriormente, y otros que produjeron graves estragos

---

<sup>102</sup> (G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, p. 36 y 37)

en la humanidad, como la segunda guerra mundial, coadyuvaron a que en una tercera fase de consolidación del Estado, se produzca en Europa continental principalmente, un proceso de cambio en la estructura constitucional de los Estados, que se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XX, proceso que se cristaliza con la expedición de nuevos textos constitucionales que buscan controlar el ejercicio del poder.

Maurizio Fioravanti ha denominado a esta época como “(...) el siglo de la génesis de las Constituciones democráticas, (...)”<sup>103</sup>, refiriéndose a las constituciones de: 1919 de Alemania (Weimar); las francesas de 1946 y 1958; la italiana de 1948; la alemana de 1949 (Grundgesetz); y, la española de 1978, por considerar que es precisamente en el siglo XX, que se comienzan a instituir constituciones mediante procesos democráticos en los diferentes países europeos, no concebibles en siglos anteriores. Para Fioravanti con anterioridad a este período, la democracia y el constitucionalismo se desenvolvían en ámbitos hasta cierto punto antagónicos.<sup>104</sup>

Se establecieron por medio de los derechos fundamentales positivados en las constituciones, límites<sup>105</sup> a la expresión de la voluntad del soberano plasmada mediante la Ley; por tanto, al Estado y particularmente a las legislaturas estatales, se les vedó la posibilidad de que, a través de una ley, puedan modificar o alterar la esencia de estos derechos

---

<sup>103</sup> Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo, Experiencia histórica y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 54. Véase también en: Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes, Camino para la ruptura democrática*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 47-77, que se refiere a los procesos constituyentes del siglo XX como procesos constituyentes democratizadores.

<sup>104</sup> (M. Fioravanti, *Constitucionalismo, Experiencia histórica y tendencias actuales*, p. 55). Según Fioravanti la democracia consideraba que el constitucionalismo atentaba contra el principio de las mayorías, al pretender limitar su poder de decisión; mientras que, el constitucionalismo veía un gran peligro en la posibilidad que las mayorías puedan decidir sobre cualquier aspecto de las personas, sin importar la afectación a sus derechos.

<sup>105</sup> Estos límites conforme lo ha manifestado Luigi Ferrajoli se estructuran con el traspaso de lo que denomina democracia formal a una democracia sustancial, que se expresa a través de dos elementos; a saber: un formal, que condiciona la vigencia de las normas legales; y, otro sustancial, que condiciona la validez de las normas legales. Esta transición de una democracia formal a una sustancial introduce lo que el citado autor ha denominado “esfera de la indecidible”, que no es otra cosa que los límites sobre los cuales ninguna mayoría democrática puede decidir, que son precisamente los derechos fundamentales. (L. Ferrajoli, *Derechos y garantías, la Ley de más débil*, p.23-24)

fundamentales, pudiendo únicamente desarrollarlos de manera progresiva. Concomitantemente se estableció también la posibilidad de juzgar las actuaciones del Poder Público, a través de tribunales especializados, que con el tiempo superaron la concepción primigenia de legisladores negativos, para transformarse en verdaderos tribunales creadores y garantizadores de los derechos fundamentales. Este fenómeno para Fioravanti constituye una conciliación entre el principio democrático y constitucional, fuertemente separado en el Estado de derecho o legislativo.

En el Estado constitucional opera una fuerte presencia de los textos constitucionales (constituciones invasivas)<sup>106</sup>, no sólo en lo político, sino que también en lo jurídico, que modificó la concepción jurídica de la Constitución, entendida en el Estado de derecho, como un cuerpo normativo orgánico que estructura las instituciones del Estado y su funcionamiento, que pasó en el Estado constitucional, a ser considerada como el texto jurídico principal del Estado, que recoge los derechos fundamentales que está obligado a garantizarlos.

### **3.- La finalidad del Estado como institución.-**

El ser humano al crear esta institución política denominada Estado, indudablemente pensó en algún beneficio que recibiría de esta forma de organización político-social. Esta finalidad que persigue el ser humano a través del Estado, es lo que se denomina “razón de Estado”, entendida como la voluntad de poder y de vida de un Estado<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Riccardo Guastini manifiesta que existe dos modos de concebir una constitución; a saber: la concepción clásica que parte de la declaración de los derechos del hombre realizada en la Revolución Francesa, cuya finalidad es la organización, distribución y limitación del poder público, con el fin de proteger a los ciudadanos; y la concepción moderna o contemporánea que concibe a la constitución, no como un instrumento de organización del poder público, sino como un instrumento fundamental de organización de la sociedad civil, que permite modelar las relaciones sociales. En el primer caso, las normas constitucionales están dirigidas de forma exclusiva a los órganos del Estado; mientras que, en el segundo caso las normas constitucionales promueven una sociedad justa, y por tal razón favorecen la aplicación directa de la constitución como norma jurídica, en cualquier controversia, así el caso no esté regulado en la legislación infraconstitucional. (Riccardo Guastini, *Interpretar y Argumentar*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 315 y 316)

<sup>107</sup> Friedrich Meinecke, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 422

Existe abundante doctrina que de una u otra forma han buscado justificar la existencia de esta institución como forma de organización de la sociedad que sería imposible a través del presente trabajo abordarla en su integridad, sin embargo, trataremos de resumir las más importantes que constituyen el fundamento del actual Estado moderno, especialmente del Estado constitucional.

De las obras más importantes, y quizá de las más antiguas que han abordado este tema, es la que a mediados del siglo XVII publica el filósofo inglés Thomas Hobbes, denominada *Leviatán*. Dice Hobbes<sup>108</sup> que el hombre tiende a imitar a Dios en el *arte* de creación de la naturaleza, a través de la fabricación de un animal artificial que sería el Leviatán, bautizado por nosotros como Estado o República. Este Leviatán se lo ha cualificado como un *hombre artificial*, de mayor estatura y fuerza del hombre natural, concebido para la protección y defensa de éste.

Según este autor “La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades de cuerpo y de alma (...)”<sup>109</sup>, lo que determina una igualdad de aspiraciones de conseguir los fines propuestos, pero que sin embargo, no siempre es posible que todos puedan alcanzar estas metas o aspiraciones trazadas, lo que conlleva muchas de las veces a que el hombre se convierta en enemigo de otros hombres, empeñándose en someter o destruir a los que se opongan en alcanzar sus aspiraciones, siendo la competencia, la desconfianza y la gloria, los principales atributos del hombre que causan *disensión* entre éstos<sup>110</sup>.

Desde la concepción del hombre en estado natural (animal ambicioso y de bajas pasiones), parte la estructura de su teoría del Leviatán, como una necesidad que tienen los individuos en sociedad de constituir un poder superior a cada uno de éstos, que contenga sus

---

<sup>108</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2014, p. 13

<sup>109</sup> (T. Hobbes, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, p. 113).

<sup>110</sup> (T. Hobbes, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, p. 114 y 115)

propias pasiones que podrían perjudicar a los demás, sometiendo a todos a un poder común que permita evitar un estado permanente de guerra de cada hombre contra cada hombre<sup>111</sup>. La creación de ese poder superior personificado en el Estado, se fundamenta para Hobbes precisamente en el derecho natural del ser humano a la libertad, entendida como la *ausencia de impedimentos externos*<sup>112</sup>, que le facultan a transferir o enajenar lo que por derecho natural le pertenece (la libertad) a esta creación realizada por todos en conjunto, mediante un contrato<sup>113</sup>, cuyo propósito o causa final, es “(...) procurar su propia conservación y, consecuentemente, una vida más grata. Es decir, que lo que pretende el hombre a través del Estado, es salir de esa insufrible situación de guerra que, (...), es el necesario resultado de las pasiones naturales de los hombres cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y que, con la amenaza del castigo, los obligue a cumplir sus convenios y a observar las leyes de la naturaleza (...)”<sup>114</sup>.

Cuarenta años después, en 1690 otro filósofo inglés (John Locke) publica su obra denominada Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, el cual pretende también realizar un estudio explicativo de la razón de ser del Estado. John Locke inicia su estudio argumentando que el hombre es su estado de naturaleza, goza de un estado de perfecta libertad y de igualdad<sup>115</sup>, pero que este estado de libertad, no significa un estado de licencia, por lo cual, esta *perfecta libertad* no implica la posibilidad de destruirse a si mismo o a los demás hombres, lo que nos permite deducir, que a diferencia de Hobbes<sup>116</sup>, los derechos naturales del ser humano, constituyen los primeros límites para los demás seres humanos.

---

<sup>111</sup> (T. Hobbes, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, p. 115)

<sup>112</sup> (T. Hobbes, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, p. 119)

<sup>113</sup> (T. Hobbes, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, p. 121-122)

<sup>114</sup> (T. Hobbes, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, p. 153)

<sup>115</sup> John Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 2014, p. 10 y 11

<sup>116</sup> Para Thomas Hobbes el derecho natural a la libertad del hombre que goza cuando se encuentra en estado de naturaleza, es tan absoluta, que incluso: “(...) cada hombre tiene derecho a todo, incluso a disponer del cuerpo de su prójimo. Y, por tanto, mientras dure este derecho natural de cada hombre, no puede haber

Lo fundamental para Locke en su obra, es la propiedad<sup>117</sup>, término que es utilizado de forma general y que engloba la vida, la libertad y sus posesiones materiales, que formarían parte de lo que él entiende por propiedad. Dice Locke que si bien Dios ha entregado en común al hombre el mundo y la naturaleza para que haga uso de ella y se beneficie, es el trabajo que introduce el hombre en la naturaleza para su beneficio, lo que convierte a estos bienes otorgados en común de todos, en propios del hombre que los trabajó<sup>118</sup>; por tanto, este esfuerzo que realiza el hombre para modificar las cosas que se encuentran en su estado natural, y transformarlas para su beneficio, es el fundamento de la propiedad privada.

En este contexto es que el hombre, a pesar de encontrarse en el estado de naturaleza, en un estado de perfecta libertad, prefiere renunciar a este estado y someterse a un gobierno, con la finalidad de *preservar su propiedad*<sup>119</sup>, por cuanto la falta de un gobierno que pueda someter a la observancia de reglas de convivencia a todos sus miembros, genera incertidumbre y constituye una amenaza en contra de este derecho que para Locke es fundamental.

En esta misma tónica, Jean-Jacques Rousseau, publica en el año de 1761 su obra denominada El Contrato Social, considerada inspiradora para la Revolución Francesa, en la cual aborda temas relacionados con la justificación de los orígenes del Estado y su finalidad. Dice Rousseau<sup>120</sup> que la libertad y la fuerza son los principales atributos con que cuenta el individuo para su conservación; no obstante, el ejercicio individual de estos atributos,

---

seguridad (...)" ; por esta razón para Hobbes el estado de naturaleza, es un permanente estado de guerra (T. Hobbes, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, p. 120). Por el contrario, para John Locke el hombre en estado de naturaleza, si bien goza de una perfecta libertad, este estado de libertad: "(...) no es sin embargo, un estado de licencia. Pues aunque, en un estado así, el hombre tiene una incontrolable libertad de disponer de su propia persona o de sus posesiones, no tiene, sin embargo, la libertad de destruirse a sí mismo, ni tampoco a ninguna criatura de su posesión (...)", realizando una marcada diferencia Locke entre lo que se debe entender como estado de naturaleza y estado de guerra, que según este autor no son la misma cosa (J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, p. 12 y 24)

<sup>117</sup> (J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, p. 124)

<sup>118</sup> (J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, p. 32-55)

<sup>119</sup> (J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, p. 124)

<sup>120</sup> Jean-Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Bogotá, Editorial Gráficas Modernas, 2005, p. 18

principalmente la fuerza, podría conllevar la destrucción del género humano, por tal razón resulta preferible que todos los seres humanos una sus fuerzas para constituir una fuerza suprema actuando en dirección a un acuerdo común, que pueda vencer la resistencia individual, pero que no afecte la libertad de cada individuo. Bajo este contexto la conformación de un Estado, tiene por finalidad: “Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados; pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, sólo obedezcan a sí mismo y quede tan libre como antes.”<sup>121</sup>.

Estos tres autores sientan las bases del Estado concebido como un artificio creado por el hombre para organizarse de forma más ordenada, y por tanto se le atribuye como razón social la garantía de los derechos de la persona dimanar de una ley natural<sup>122</sup>. Desde esta concepción, se justifica la existencia del Estado, en tanto y en cuanto cumpla con su objeto social de constituirse en un instrumento de tutela de los derechos naturales del ser humano constituyente; es decir, por primera vez se entiende al Estado como un *medio* del cual se sirve el hombre, para obtener la protección de sus derechos de libertad que mejoren sus condiciones de vida. Estas obras son consideradas como el sustrato de las teorías contractualistas sobre el origen del Estado, que fundamenta su creación en la voluntad humana.

Ya a inicios del siglo XX, Georg Jellinek<sup>123</sup> aborda este tema de los fines que persigue el Estado de una forma muy amplia, y parte su análisis reconociendo que se ha generado mucha confusión por los diferentes enfoques doctrinarios que los autores le han dado a este asunto. Dice Jellinek que la concepción de los fines que persigue el Estado, también es parte de un proceso evolutivo, que dificulta concebir un fin permanente del Estado, ya que cada época ha tenido una concepción particular de sus fines; no obstante, afirma que esta variedad

---

<sup>121</sup> (J. Rousseau, *El Contrato Social*, p. 18)

<sup>122</sup> (J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, p. 10)

<sup>123</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 171-197)



de fines que ha perseguido el Estado en diferentes épocas, puede fundirse en algunos que sean concebidos como superiores y últimos. Para este autor un buen punto de vista para entender cuál es el fin que persigue el Estado, serían los preámbulos o las introducciones de las constituciones de los Estados<sup>124</sup>.

En el desarrollo de su análisis sobre los fines del Estado, Jellinek separa las doctrinas que han abordado este tema, en dos vertientes diferentes; a saber: 1) La doctrina de los fines expansivos del Estado; y, 2) La doctrina de los fines limitados del Estado. La doctrina de los fines expansivos del Estado, tienden a establecer que la finalidad del Estado es alcanzar el bienestar común, priorizándolo por sobre el bienestar del individuo; por el contrario, las doctrinas de los fines limitados del Estado, son aquellas que se fundamentan en establecer restricciones al ejercicio de las prerrogativas del Estado, con respecto al individuo; se predisponen al ejercicio de las competencias del Estado, la seguridad del individuo; su libertad, o el derecho.

Las doctrinas de los fines expansivos del Estado son el fundamento del Estado de policía que considera justificado inclusive los ataques a la vida jurídica individual del ser humano, siempre que sea necesario para lograr el bienestar general<sup>125</sup>; en cambio, las teorías de los fines limitados del Estado, son el fundamento del Estado liberal<sup>126</sup>, que si bien busca también la protección del bien común, cuando este interés coaliciona con el interés individual, se decanta por interés individual. Según Jellinek<sup>127</sup> la teoría de los fines expansivos del Estado

---

<sup>124</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 176 y 177): “Esta concepción de la significación de los fines del Estado, se ha mostrado de un modo ostensible en la formación de las confederaciones modernas. Tanto la introducción a la Constitución de los Estados Unidos de América, como la Constitución de la confederación suiza y la introducción a la Constitución del imperio alemán, estatuyen como motivos expresos de las nuevas formaciones políticas, los fines del Estado que va a ser fundado.”

<sup>125</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 181)

<sup>126</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 184)

<sup>127</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 184-190)

sacrifica al individuo por sobre el Estado; mientras que, la teoría de los fines limitados del Estado sacrifica al Estado por sobre el individuo.

Desde la concepción del autor alemán, un Estado que tenga como función exclusiva proteger los derechos de los individuos, ni ha existido jamás, ni podría existir, por cuanto una defensa sistemática del individuo implica una serie de actividades administrativas, unas que le son exclusivas, como la protección de la comunidad y sus miembros, y como tal la defensa territorial<sup>128</sup> frente a posibles ataques externos; y otras, a través de las cuales ordena la manifestación de la vida del individuo en sociedad. Además de sus finalidades de protección externa, el Estado tiene la finalidad de conservarse a sí mismo, y mantener su integridad, lo cual se logra a través de las prerrogativas de policía y penales, que no sólo sirven para proteger los bienes individuales, sino que también sirven para proteger al Estado mismo. Proteger y mantener su existencia, sería el principal fin que según Jellinek debe perseguir el Estado, ya que satisfacer este fin constituye la condición de éxito de la actividad del Estado<sup>129</sup>.

En esta misma línea Friedrich Meinecke manifiesta que resulta insuficiente considerar un solo fin de protección de cada uno de los sujetos que conforman el Estado, garantizando sus derechos naturales, pues considera:

(...) La propia naturaleza del Estado se oponía, por principio, a una concepción que veía en él sólo una construcción del hombre para la consecución de su propio bien. El <<bien común>>

---

<sup>128</sup> Es incuestionable que la protección territorial constituye una de las finalidades de la conformación de los Estados, que inclusive fueron motivo de preocupación para establecer argumentos a favor de la unión federal de los Estados que conformaron inicialmente los Estados Unidos de América. John Jay, en sus tres primeros artículos (Federalista II; Federalista III; y, Federalista IV) publicados en el periódico El Federalista, realiza un profundo argumento de la necesidad de unión de los Estados que conformaban la Confederación de Norteamérica, con una finalidad de mejor protección de los demás Estados principalmente europeos, que de una u otra forma competían en lo económico; producción y comercio internacional, con los nuevos estados americanos, que desunidos hubiesen sido vulnerables a los ataques externos. Véase: Alexander Hamilton; James Madison; y John Jay, *El Federalista*, México D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 6-18.

<sup>129</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 190)

tenía, desde luego, que constituir fin y cometido de todo Estado que hubiere salido de las esferas más rudimentarias de la organización política. Pero este <<bien común>> abarcaba no sólo el bien de los distintos individuos reunidos en pueblo, sino también el bien de la totalidad, la cual significa algo más que sólo la suma de los individuos, (...).<sup>130</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>131</sup>, construye de manera muy simple, pero a la vez profunda, un argumento que se centra en establecer una relación dialéctica entre lo que él considera modelos ideales de Estados; a saber: Estado de derecho; y Estado de policía. Entiende al Estado de policía como el Estado de poder sin limitación jurídica alguna; como antítesis, señala al Estado de derecho, en el cual el poder público se lo ejerce de forma regulada por el derecho. La praxis del ejercicio poder público estatal, es una relación dialéctica entre estos dos modelos ideales que permanecen presentes, de manera que la finalidad del Estado de derecho es: envolver, encapsular o contener al Estado de policía, cuyas pulsaciones de forma permanente pretenden romper la envoltura que constituye el Estado de derecho, para imponerse sobre éste. Según Zaffaroni el Estado de policía nunca desaparece; siempre está presente, y por el contrario, cuando el Estado de derecho se debilita porque fallan los controles, las pulsaciones del Estado de policía logran romper la coraza que mantiene retenido al Estado de policía, para funcionar en su reemplazo.

Para el constitucionalismo, el Estado es concebido como un *medio*<sup>132</sup> que tiene por finalidad garantizar la realización plena del individuo y su dignidad como ser humano, pensamiento que deriva de lo que Jellinek ha calificado como doctrina de los fines limitados del Estado. Los profesores: Storini y Navas, han expresado que:

---

<sup>130</sup> (F. Meinecke, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, p. 352)

<sup>131</sup> (E. R. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 21 y 22)

<sup>132</sup> Véase: (L. Pietro Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, p. 346): “(...) mientras que las personas naturales se asumen como <<valores>>, y por tanto como fines y fundamentos axiológicos del derecho, las personas artificiales –desde el Estado a los demás entes públicos, y desde las fundaciones a las sociedades mercantiles- se configuran como medios, fundados por las primeras para la garantía de sus intereses vitales.”

A diferencia del absolutismo, que consideraba al Estado como un fin en sí mismo, el constitucionalismo parte del presupuesto que se trata de un simple instrumento para alcanzar un fin determinado que es la garantía de los derechos de los derechos constitucionales garantizados, es decir, “el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola”.<sup>133</sup>

En la estructura de un Estado constitucional, su finalidad de forma inconcusa se decanta por las doctrinas de los fines limitados del Estado, máxime si el constitucionalismo considera que la razón de ser o razón social del Estado moderno, es el ser humano, fundamentalmente la conservación de sus derechos naturales inherentes a su condición, que permitan garantizar cierto grado de autonomía individual (libertad).

La Corte Constitucional del Ecuador en sus sentencias, ha mantenido la línea del constitucionalismo contemporáneo que considera al Estado como un *medio* para alcanzar la realización del ser humano, al considerar de suma importancia como rol del Estado, la protección de la dignidad humana.

Si el fundamento del Estado que explica y justifica su razón de ser es la protección de la dignidad humana, la Corte debe ir elaborando, de manera creativa, muchas jurisprudencias, muchas doctrinas entorno a la protección de la dignidad humana. (...)

El constitucionalismo surge como mecanismo de la ciudadanía para la sujeción y control del poder político que los gobierna; no se puede autolimitar a manejar las viejas soluciones que ya han demostrado que no han resuelto los problemas de legitimidad del sistema de control de constitucionalidad. (...) <sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> (C. Storini y M. Navas Alvear, *La Acción de Protección en el Ecuador, Realidad jurídica y social*, p. 52)

<sup>134</sup> Sentencia Corte Constitucional del Ecuador No. 011-09-SEP-CC, p. 14:

<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

#### 4.- La estructura jurídica del Estado moderno.-

El Estado moderno parte de la premisa fundamental que la sociedad cuenta con su propio sistema de autogobierno<sup>135</sup>, y por tanto no requiere de ninguna persona ungida por la divinidad que determine el camino que deben seguir los individuos o la sociedad para alcanzar su plena realización. La sociedad para desarrollar esta necesidad de autogobierno, se estructura en lo político y jurídico a través del Estado que tiene por finalidad proteger a la sociedad y sus miembros. Esta finalidad fundamental se logra básicamente a través del derecho<sup>136</sup>, para lo cual el Estado asume el rol de productor monopolístico del derecho objetivo; y, garante de los derechos subjetivos de los individuos<sup>137</sup>. Edgar Bodenheimer ha expresado que el derecho: “(...) es un término medio entre la anarquía y el despotismo. (...)”<sup>138</sup>; que para evitar la anarquía el derecho regula la libertad de los particulares; y, para evitar el despotismo, a través del derecho se regula el ejercicio del poder de los gobernantes.

El instrumento inicial que permite configurar esta necesidad de autogobierno de la sociedad a través del derecho, es precisamente las Constituciones estatales que se crean a finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, mediante los cuales se establece: “(...) cómo debía organizarse y ejercerse el poder estatal; (...)”<sup>139</sup>, y cuáles serían los derechos fundamentales de cada individuo, que se obligaba como *corpus* a respetar. No obstante, si bien a través de las constituciones de los Estados se regulaba el ejercicio del poder de Estatal, fue necesario establecer una forma de vincularlo al Estado dentro de la dinámica en la cual se

---

<sup>135</sup> Véase: (D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 57); Véase también Luigi Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 2do. Tomo, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p.9

<sup>136</sup> Para Carlos Santiago Nino, el término “derecho” en los sistemas jurídicos legislados, resulta en extremo ambigua, por cuanto esta término hace referencia tanto *al objeto del estudio como al estudio del objeto*; es decir, que este término tiene varios significados estrechamente relacionados. Como lo indica Nino, el término derecho hace referencia tanto al derecho objetivo (normas jurídicas o legislación de cada Estado); al derecho subjetivo (derechos de las personas); así como también al derecho como ciencia, lo que dificulta definir con claridad a la mencionada palabra. (Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, 2001, Editorial Astrea, p.14). En el presente caso, derecho lo utilizaremos tanto para referirnos al derecho objetivo como al derecho subjetivo.

<sup>137</sup> Véase (D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 57-61).

<sup>138</sup> Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, México D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 28

<sup>139</sup> (D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 49)

desarrollan los derechos, con la finalidad de que éste pueda relacionarse con la sociedad y los individuos que la conforman, para lo cual se le atribuyó al Estado el estatus de sujeto de derecho<sup>140</sup>, reconociéndole personalidad jurídica al Estado; es decir, concibiendo al Estado como una persona jurídica.

En un inicio el *iusnaturalismo* fue la teoría jurídica inspiradora de las principales declaraciones de derechos que se han producido a partir del siglo XVIII<sup>141</sup>. El Estado moderno desarrolla inicialmente su finalidad plasmando en textos declarativos de derecho, los principios fundamentales que consagran derechos naturales del ser humano, preexistentes a su conformación, constituyéndose en garante de estos derechos etéreos que comienzan a experimentar su positivización, a través de estos textos declarativos de derechos y constitutivos del Estado; adicionalmente en estos textos se establece la estructura orgánica del Estado para el ejercicio de sus prerrogativas.

A pesar de la fuerte influencia iusnaturalistas en las declaraciones de derechos y en las constituciones liberales de finales de siglo XVIII e inicios del siglo XIX, se introdujo principalmente en los países de la Europa continental, una nueva corriente teórica jurídica reaccionaria que pretendía desconocer o restar valor a los derechos de origen naturales y

---

<sup>140</sup> Abel Naranjo Villegas, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 5ta. edición, 2008, p. 155. Según el autor por sujeto del derecho es “el ser capaz de derechos y obligaciones”

<sup>141</sup> Véase: Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 68: “(...) Es por todos conocidos que esta época –se refiere al siglo XVII y XVIII- está impregnada de principio a fin por el ideario iusnaturalista. Alentada por la filosofía de Rousseau y los ideales emergentes de libertad e igualdad, impera la firme creencia en un derecho ideal eterno e invariable, que Dios ha impreso en la naturaleza del hombre y que puede ser conocido a través de la razón humana. (...) Se adora a la Razón como a una diosa, y se otorga a los principios un valor superior al de las colonias. (...)”. Véase también: Jorge Benavides Ordóñez, *Los derechos humanos como norma y decisión*, Quito, Editorial del Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, 2012, p. 31-34: este autor citando a Karl Loewenstein expresa que el iusnaturalismo racionalista constituye una transición de una teoría del derecho natural abstracta, a una teoría del derecho natural en concreto que constituye el fundamento de las declaraciones de derechos del siglo XVIII; Véase también: Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos, Ensayo para una Teoría Estructural de los Derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 25 y 26, quien afirma que la Declaración de derechos de Virginia; la declaración de Independencia de la Colonias Norteamericanas; La declaración Francesa de derechos del hombre y del ciudadano; y, las constituciones liberales del siglo XIX reflejan una clara influencia de las corrientes *iusnaturalistas*.

supraestatal, por considerar a este tipo de derechos como una abstracción sin sentido, y con un alto grado de imprecisión<sup>142</sup>, introduciéndose como teoría del derecho lo que se denominó como positivismo jurídico, en sus diferentes versiones. Si bien una corriente del positivismo jurídico, denominada positivismo metodológico, no desconoce la existencia de derechos inherentes al ser humano preexistentes a cualquier ordenamiento jurídico; sin embargo, no son considerados como normas jurídicas, sino netamente morales<sup>143</sup>, y por tanto, sin el poder coercitivo que se requiere para conminar a su observancia o cumplimiento.

Un hecho que marcó principalmente en Francia esta transición del *iusnaturalismo* y la implementación de las teorías *iuspositivistas* como teoría del derecho, fue la entrada en vigencia del *Code Napoléon* que conforme lo expresa Alf Ross<sup>144</sup>, produjo un desuso de las teorías *iusnaturalistas* inspiradora de la Revolución Francesa, al considerar que a través del código se había logrado finalmente encontrar el derecho de una forma muy próxima al ideal, porque incorpora los ideales iusnaturalistas-racionalistas. Los autores de esta nueva teoría crearon lo que posteriormente se conocería como la escuela exegetica, cuya construcción jurídica se basaba en razonamientos lógico-formales<sup>145</sup>.

Desde entonces el derecho en los países de la Europa continental, de estar estructurado a través de principios generales inspirados en la razón del ser humano, transmutó a normas-reglas concretas con estructura hipotética (antecedente y consecuente), cuya construcción fue encargada como prerrogativa al órgano legislativo estatal, que encarnaba la representación popular y como tal, la ley creada por el soberano a través de sus representantes, se convirtió en la forma de expresión de esa voluntad popular. De esta forma, en los países con sistemas

---

<sup>142</sup> (J.A. Cruz Parceró, *El Lenguaje de los Derechos*, p. 26)

<sup>143</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2da. Edición 11va. re-impresión, 2001, p. 196

<sup>144</sup> (A. Ross, *Teoría de las Fuentes del Derecho*, p. 70)

<sup>145</sup> (A. Ross, *Teoría de las Fuentes del Derecho*, p. 71)

jurídicos legislados, la ley pasó a convertirse en la fuente exclusiva del derecho<sup>146</sup>, desterrando a la costumbre y la jurisprudencia como fuentes de derecho. La ley, la sentencia, y el acto de la administración<sup>147</sup> se convirtieron en la forma de expresión de la voluntad del Estado y de ejercicio de sus facultades.

En este nuevo contexto, el estudio y análisis del derecho debía ser científico, y no axiológico, y por tanto el derecho se convirtió en una *ciencia*, para lo cual debía separar los argumentos jurídicos de los morales. “(...) Con base a esto el positivismo jurídico prescribirá al jurista que, si desea describir científicamente el derecho, deberá dejar de lado toda estimación valorativa del sistema normativo. Su objeto deberá acotarlo teniendo en cuenta exclusivamente criterios basados en propiedades empíricas.”<sup>148</sup>. Se estructuró el derecho estatal, entendido de forma objetiva a través de Códigos, considerados como: “(...) un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo el Estado), dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada (...) y destinado a durar por mucho tiempo.”<sup>149</sup>.

Los códigos asumieron un rol preponderante en las nuevas estructuras estatales de la Europa continental, permitiendo sistematizar el derecho en cuerpos normativos; y plasmar por escrito el derecho de origen consuetudinario o natural, dos cuestiones que eran consideradas como fuente de inestabilidad. Pero además, la Ley revestida de su carácter general y abstracta; y, entendida como la forma más elaborada de expresión social, buscaba romper los privilegios estamentales que existieron durante la vigencia de los Estados monárquicos, e implantar la

---

<sup>146</sup> (A. Ross, *Teoría de las Fuentes del Derecho*, p. 91)

<sup>147</sup> Luca Mannori y Bernardo Sordi, “Justicia y Administración” en *El Estado Moderno en Europa*, Mauricio Fioravanti, Editor, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 65

<sup>148</sup> (C. S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, p. 25)

<sup>149</sup> (G. Tarello, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, p. 39)



igualdad de las personas<sup>150</sup>; la generalidad y abstracción fueron los elementos en los que se apalancó la Ley para romper la desigualdad que de hecho existía entre los diferentes estamentos que conforman la sociedad, y crear la igualdad de derecho, por lo que la Ley se convirtió en una garantía para la sociedad.

No obstante, esta ilusión inicial que fue expuesta por el *iuspositivismo* de haber encontrado por fin el derecho a través de la Ley o mejor dicho de los Códigos, sufrió un fuerte desgaste por la imposibilidad de autovinculación del Estado a la Ley<sup>151</sup>. El *iuspositivismo* contribuyó a que las constituciones de los Estados con tradición jurídica germano-romana, inspiradas inicialmente en las teorías *iusnaturalistas* que reconocían derechos fundamentales inmanentes a la condición de ser humano, pierdan vigor como instrumento jurídico, degradándolas a un instrumento orgánico-político de estructuración del Estado.

Esta realidad de la carente autovinculación del Estado al derecho en el ejercicio del poder Estatal, evidenció por la experiencia de varios países, que: “(...) la limitación del poder no puede ser confiada a la ley hecha por el propio poder (...)”<sup>152</sup>, sino que se requería necesariamente establecer una forma de control al ejercicio democrático de expedición de las leyes, para lo cual fue necesario la creación de nuevos textos constitucionales que introdujeran una nueva figura institucional a la que se le encarga el control de la

---

<sup>150</sup> Giovanni Tarello argumenta que para la implementación de los sistemas jurídicos positivos, era indispensable establecer un sujeto jurídico único, por cuanto las diversas categorías de sujetos, obligaría a establecer un predicado para cada sujeto, lo que hubiese obligado a el número de reglas jurídicas, por el número de categorías de sujetos, lo que obligó a implementar la *ideología igualitaria* que determina que todos somos iguales ante la ley, con lo cual se unificó el sujeto. (G. Tarello, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, p. 49 y 50)

<sup>151</sup> (A. Ross, *Teoría de las Fuentes del Derecho*, p. 364). “Si se contempla el derecho como mandatos de un sujeto superior (el Estado) dirigidos a otros sujetos, la consecuencia necesaria es que el Estado mismo se halla por encima, o sea, fuera del derecho. Ello es consecuencia inmediata de la proposición de teoría formal de las normas conforme a la cual, cuando las condiciones constitutivas de una «norma» (la voluntad del Estado) son las mismas que las que constituyen lo presuntamente normado (la voluntad del Estado), es decir, cuando desde el punto de vista lógico-normativo sujeto normador, y sujeto sometido a la norma son idénticos, en realidad no existe obligación, ni norma alguna. Pues toda «infracción» constituirá una nueva norma, que deroga la anterior y hace imposible el conflicto normativo.”

<sup>152</sup> Mauro Barberis, *El Neoconstitucionalismo, Third Theory of Law*, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Susanna Pozzolo, Editora, Lima, Editorial Palestra, 2011, p. 251

constitucionalidad de las leyes (Tribunales Constitucionales), encargados de poner límites al ejercicio democrático de expedición de leyes.<sup>153</sup>

En lo que respecta a la facultad jurisdiccional, el Estado asume de forma monopólica como parte del poder de *imperium*, la prerrogativa de dirimir los conflictos suscitados entre los individuos que conforman la sociedad, vedando a los individuos la posibilidad de tutela particular (autotutela) de sus derechos como forma de solución de controversias, salvo casos de excepción. Por tanto, generado un conflicto entre los ciudadanos o individuos que conforman un Estado, no pueden dichas personas por su propia cuenta solucionarlo, y al contrario, requieren obligatoriamente la intervención estatal para que en aplicación de la leyes creadas por el Estado, solucione la controversia, otorgando la razón a quien la tiene.

---

<sup>153</sup> Como lo señala el profesor Néstor Pedro Sagües (Teoría de la Constitución, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 444), la institución del control de constitucionalidad es una creación del derecho constitucional norteamericano, que en los albores de su constitución como Estado, se decantó por un sistema de control que constituya un freno para las legislaturas, atribuido al Poder Judicial, sustentado en el principio de supremacía de la Constitución sobre cualquier acto normativo originado en el Poder Legislativo. Alexander Hamilton en el periódico El Federalista establecía que: “La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. (...) Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.” (Alexander Hámilton, *EL FEDERALISTA LXXVIII*, México D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 331). Se crea entonces de esta forma un sistema de control judicial de constitucionalidad. Según Roberto Gargarella el nuevo Congreso Nacional de los Estados Unidos, al día siguiente de su conformación con el primer quórum, designó una comisión para que redacte una ley acerca de la Judicatura, que entró en vigencia en 1789, ley en la cual, entre otras cuestiones, se estableció la competencia de la Corte Suprema, de resolver apelaciones sobre normas locales contrarias a la Constitución. Tanto Gargarella como Sagües, atribuyen al caso “Marbury vs. Madison” que se resolvió en el año 1803, como el hito con consolidó la tesis de control de constitucionalidad por parte de los Jueces. (Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 55-63). Por su estructura, se lo ha definido a este tipo de control de constitucionalidad, como un sistema difuso, desconcentrado o descentralizado, al atribuir a cualquier Juez realizar el control de constitucionalidad; no obstante, su resolución se entiende que afecta al caso concreto.

Por el contrario, con posterioridad, en 1920 con la expedición de la Constitución de Austria, se estructura en Europa un sistema de control de constitucionalidad que atribuye dicha competencia a un órgano especializado (Tribunal Constitucional), que no forma parte de la Función Judicial, que por su estructura, tiende a monopolizar el control de constitucionalidad, por lo que se lo ha denominado como sistema de control de constitucionalidad centralizado o concentrado, ya que monopolizan el control de la constitucionalidad, y sus resoluciones tienen efecto erga omnes. (Néstor Pedro Sagües, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 447)

En base a estos dos sistemas, o sus mixturas se han estructurado en las constituciones de los diferentes países, los sistemas de control constitucional.

Cuando el Estado asume esta prerrogativa, era impensable que pudieran suscitarse conflictos entre los individuos y el Estado, entendiéndose inicialmente a la *jurisdicción* como una forma de composición de conflictos para los particulares<sup>154</sup>, en la cual el Estado asumía un papel de tercero imparcial. Más con el desarrollo de la dinámica social, y principalmente de la relación jurídica entre los sujetos intervinientes (Estado-particulares), se evidenció que en el ejercicio de sus facultades, los órganos del Estado podían generar conflicto con los particulares o administrados, lo que obligó a teorizar una forma mediante la cual se puedan resolver este tipo de controversias. Aparece así en Francia, en el siglo XIX, la jurisdicción contencioso administrativa<sup>155</sup>.

De esta forma el Estado no sólo se convierte en un tercero imparcial para resolver los conflictos entre particulares, sino que además asume como parte de esta actividad jurisdiccional, la posibilidad de cuestionar judicialmente sus propias actuaciones o mejor dicho las actuaciones de sus órganos. No obstante, los fundamentos jurídicos para actuar frente a conflictos particulares; y, conflictos entre el Estado y los particulares, son diferentes, regulados por cada una de las grandes ramas en las que se divide el derecho; a saber: derecho

---

<sup>154</sup> Véase (J. A. Cruz Parceró, *El Lenguaje de los derechos*, p. 26): “Las teorías que se elaboraron durante el siglo XIX y la primera mitad del XX fueron teorías pensadas principalmente para los derechos privados, es decir, para dar cuenta de los derechos de propiedad, los derechos contractuales y de crédito. (...)”

<sup>155</sup> Véase: Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Bogotá-Lima, Editoriales TEMIS-PALESTRA, 2008, p. 555-558. En su obra los citados autores explican que la creación de la jurisdicción contencioso administrativa, tuvo en un inicio el problema que según la concepción francesa de división de poderes, no era admisible que una de las funciones del Estado, intervenga modificando o peor aun anulando las actuaciones de otra función, lo que obligó a que el Consejo de Estado, órgano al cual se le encargó la tarea de ejercer esta jurisdicción, sea concebido como un órgano de la propia Función Ejecutiva; es decir, como un órgano de la propia administración pública, y que las controversias que resolvía sean únicamente las que se originen por actuación de la administración pública, entendida como parte de la Función Ejecutiva.

público y derecho privado<sup>156</sup>, regidos por principios jurídicos diferentes: principio de libertad para el derecho privado; y, principio de legalidad para el derecho público<sup>157</sup>.

Esta relación entre el derecho público y el derecho privado que forman parte de la estructura jurídica del Estado, está marcada conforme lo ha manifestado Norberto Bobbio<sup>158</sup>, por una gran dicotomía, que se evidencia por una relación de desigualdad que deriva de la subordinación de los gobernados a los gobernantes; entre detentadores del poder que mandan y destinatarios del deber que obedecen.

## **5.- La posición jurídica del Estado frente a los derechos fundamentales.**

Con una finalidad didáctica, Gregorio Peces-Barba realiza algunas propuestas con respecto a los criterios que sirven para la clasificación de los derecho fundamentales, según su contenido; su forma de ejercicio; o, los tipos de relación jurídica que generan<sup>159</sup>. Para el presente trabajo nos interesa la clasificación respecto a los tipos de relación jurídica que generan los derechos fundamentales, para establecer la ubicación del Estado dentro de esta relación.

---

<sup>156</sup> Véase: (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 287-294)

<sup>157</sup> El principio de libertad que rige en el derecho privado, parte del aforismo que las personas pueden hacer todo lo que la ley no les prohíbe; por el contrario, el principio de legalidad, como máxima en el derecho público, establece que el Estado y sus instituciones sólo pueden hacer lo que la Constitución y la ley les faculta.

<sup>158</sup> (N. Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad, Por una teoría general de la política*, p. 15 a 19): "(...) El derecho privado o de los privados es el derecho del estado de naturaleza, cuyos institutos fundamentales son la propiedad y el contrato; el derecho público es el derecho que emana del Estado, constituido por la supresión del estado de naturaleza, por consiguiente es el derecho positivo en sentido estricto, el derecho cuya fuerza obligatoria deriva de la posibilidad de que en su defensa se ejerza el poder coactivo que pertenece exclusivamente al soberano.(...)"

<sup>159</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Madrid, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Tercer re-impresión, 2014, p. 453-468. Según Peces-Barba por el contenido de los derechos fundamentales, estos se clasifican en: personalísimos; de sociedad; comunicación y participación; derechos políticos y de seguridad jurídica; y, derechos económicos sociales y culturales. Según la forma de su ejercicio, los derechos fundamentales se clasifican en: derechos de no interferencia; derechos de participación; derechos de prestación; y, derechos deber. Finalmente, desde el punto de vista de la relación jurídica que presuponen se clasifican en: derechos subjetivos; libertades; potestades; e, inmunidades.

Dentro de esta sub-clasificación de los derechos con respecto al tipo de relación jurídica que genera, dice Peces-Barba<sup>160</sup> que un derecho fundamental puede ser considerado como: un derecho subjetivo; como una libertad; como una potestad; o, una inmunidad. Para el citado autor el derecho fundamental es un derecho subjetivo, cuando frente al titular de un derecho, existe un sujeto identificable como obligado (A tiene el derecho de exigir X de B). Dentro de este primer grupo, encontramos los que se han definido como derechos de prestación, tales como el derecho a la educación; a la seguridad social; a la salud, entre otros derechos que implican una actuación positiva del sujeto obligado.

En cambio, un derecho fundamental sería una libertad, cuando no existe una obligación directa del sujeto obligado, sino más bien un deber de no interferencia. La característica de este tipo de derechos fundamentales, es que el sujeto obligado es genérico o indeterminado; y que, el ejercicio del derecho por parte del titular, es *erga omnes*; esto es, contra todos. Formarían parte de estos derechos fundamentales, las libertades de expresión, de culto, de circulación, de residencia<sup>161</sup>, que pueden ser ejercidas por cualquier persona titular, sin que ninguna otra pueda oponerse a su ejercicio.

Los derechos fundamentales son considerados como potestad<sup>162</sup> cuando el sujeto titular del derecho con su actuación tiene el poder de producir efectos jurídicos que obligan al destinatario del derecho, mediante un acto; es decir, el destinatario del derecho se ve afectado por la actuación del titular del derecho, y por tanto, se obliga a actuar. Una característica de un derecho fundamental como potestad, es que el sujeto obligado es determinado. Forman parte de este tipo de derechos fundamentales, los derechos jurisdiccionales y de participación política.

---

<sup>160</sup> (G. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, p. 462)

<sup>161</sup> (G. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, p. 463)

<sup>162</sup> (G. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, p. 463 y 464)

Finalmente, se considera como inmunidad un derecho fundamental, cuando frente al ejercicio del derecho por parte del titular, el sujeto obligado está exento de actuar frente al ejercicio del derecho, por incompetente, como ocurre con el derecho de reunión o de asociación, que no podría limitarse por parte de la administración. Según Peces-Barba, el correlativo de la inmunidad es una no potestad<sup>163</sup>, y el sujeto destinatario u obligado, puede ser determinado o indeterminado.

Cabe reiterar que los derechos fundamentales como cualquier derecho subjetivo, se desarrolla en ejercicio de una relación jurídica de correlatividad entre dos sujetos: uno titular del derecho; y otro, obligado por el derecho. El sujeto titular de un derecho fundamental, siempre será un sujeto determinado; no obstante, el destinatario del derecho fundamental o sujeto obligado, podrá ser un sujeto determinado o en ciertos casos indeterminado. Pero además, el sujeto obligado no necesariamente puede ser singular, sino que dentro de una misma relación jurídica en la cual se desarrollan los derechos, puede existir pluralidad de sujetos titulares y de sujetos obligados o destinatarios.

Cuál es el rol que se le atribuye al Estado dentro de la relación jurídica en la cual se desarrollan los derechos fundamentales?: Con respecto a los derechos sociales o de prestación, así como también con los derechos jurisdiccionales, el destinatario del derecho siempre será el Estado, quien frente al titular del derecho, tiene como correlato la obligación de prestación o garantía de estos derechos. Las cosas se complican un poco en cuanto a los derechos fundamentales de libertad (libertades o inmunidades), en los cuales no existe un destinatario o sujeto obligado determinado, sino más bien genérico. En estos casos no se puede establecer en ciencia cierta quién será el sujeto obligado, hasta que no se produzca la vulneración del derecho, por cuanto sólo en ese momento podremos determinar, quien fue el

---

<sup>163</sup> (G. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, p. 464 y 465)

que invadió la esfera de libertad. No obstante, esta indeterminación bajo ningún punto de vista se la puede considerar como ausencia de sujeto obligado, o peor aun como inexistencia de obligación, sino más bien que la obligación puede recaer sobre cualquier persona o sujeto, principalmente el Estado.

Este evento de la indeterminación del sujeto obligado del derecho, es abordada por Robert Alexy, tomando como referencia la posición del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que le permiten concluir que frente a estos casos, y a pesar de la indeterminación en la estructura de los derechos fundamentales desarrollados como principios, será el Estado quien asume el rol de sujeto obligado por el derecho. Veamos cómo Alexy desarrolla su teoría tomando como ejemplo el derecho a la vida, cuya estructura tiene sujeto obligado indeterminado:

(3) Todos tienen derecho a la vida (...)

Si se mira tan sólo la literalidad de esta disposición, podría pensarse que, por medio de ella, se confiere un derecho que tiene la estructura de una relación diádica entre un titular y un objeto que, en este caso, consiste en un determinado estado del titular, es decir, estar vivo. (...) Sin embargo, como observa correctamente Kant –y como desde entonces se ha mostrado a menudo- hablar de tales relaciones no es otra cosa que una denominación abreviada de un conjunto de derechos a algo, libertades y/o competencias. Así, según el Tribunal Constitucional Federal, el artículo 2 párrafo 1 frase 1 LF estatuye tanto <<negativamente un derecho a la vida>> que excluye <<especialmente el homicidio organizado estatalmente>>, como también positivamente el derecho a que el Estado intervenga <<protegiendo y promoviendo esta vida>>, lo que, sobre todo, significa <<protección frente a las intervenciones antijurídicas de terceros>>. Ambos derechos tienen la estructura representada por *DabG* y están referidos a acciones del destinatario.

(4) a tiene frente al Estado el derecho de que éste no lo mate;

(5) a tiene frente al Estado el derecho de que éste proteja su vida frente a intervenciones antijurídicas de terceros.<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2008, p. 164 y 165

Contrario a lo expresado por Gregorio Peces-Barba, para quien frente a las libertades, o derechos fundamentales de libertad, no existiría ni obligación específica, ni destinatario u obligado concreto por el derecho, Alexy encuentra en su ejemplo y en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, no sólo una obligación específica que deriva de una norma que se expresa a través de una actuación activa de proteger la vida del titular, sino que también hace descender esa obligación sobre el Estado.

Como corolario podemos precisar que dentro de la relación jurídica de correlatividad en la que se desarrollan los derechos fundamentales, el Estado asume un rol específico y trascendental de sujeto destinatario u obligado por el derecho fundamental<sup>165</sup>, aunque esta posición no excluye que otros sujetos puedan también tener la misma cualidad de sujeto obligado sobre los mismos derechos.

Una vez que hemos abordado el tema de la estructura del Estado moderno; su aparición como fenómeno sociopolítico de organización de la sociedad; y, la posición que ocupa dentro de la relación jurídica de correlatividad en la cual se desarrollan los derechos fundamentales, cabe preguntar si: ¿puede el Estado asumir además de su rol de sujeto obligado en los derechos fundamentales, el rol de sujeto titular de derechos fundamentales?. Según la posición jurídica de la Corte Constitucional del Ecuador, es factible que el Estado a través de sus instituciones, tenga el rol de titular de derechos fundamentales, posición que es también compartida por la Corte Constitucional colombiana, así como de una parte de la doctrina. En el siguiente capítulo abordaremos la discusión sobre esta posibilidad.

---

<sup>165</sup> Véase: (D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 202). Para Grimm, el Estado es el destinatario de la Constitución; y, la sociedad su beneficiaria.



### **CAPÍTULO III**

#### **LA AUTOTUTELA ESTATAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN**

En los primeros capítulos abordamos aspectos inherentes a la teoría de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales, para luego entrar al análisis del Estado, sus orígenes, y su estructura como sujeto de derecho, lo que nos ha permitido entender el rol trascendental que cumple esta institución (Estado), que asume la obligación correlativa que nace de los derechos fundamentales. Los argumentos expuestos, por tanto, nos han permitido concluir que, con respecto a los derechos fundamentales, el Estado en todos los casos asumirá el rol de sujeto obligado o destinatario del derecho<sup>166</sup>, sin desconocer lógicamente que puedan existir otros sujetos obligados indeterminados o específicos, adicionales al Estado.

Ahora bien, la obligación correlativa que genera un derecho fundamental al sujeto obligado o destinatario del derecho, por regla general es de cumplimiento espontáneo, sin que el sujeto titular del derecho requiera activar para su ejercicio, los mecanismos judiciales de tutela. Sólo en casos excepcionales, cuando el sujeto destinatario u obligado es renuente a cumplir con el objeto del derecho, el sistema jurídico estatal establece los mecanismos procedimentales<sup>167</sup> de tutela o reparación, a través una diversidad de acciones que se desarrollan dentro de un proceso, que dependiendo del tipo de derechos que involucre, se

---

<sup>166</sup> Véase: (D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 31). Con respecto al derecho constitucional, ha expresado que: "(...) ante todo, en tanto que regla de conducta para el poder supremo, carece de una instancia de imposición situada por encima de él; es más, el destinatario de la regulación y el garante de la misma coinciden."

<sup>167</sup> El sistema procesal ecuatoriano, está dividido en tres grandes grupos; a saber: 1) El sistema procesal penal que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado, que está ordenado por el Código Orgánico Integral Penal; 2) El sistema procesal constitucional o justicia constitucional regulado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, 3) Todos los demás procedimientos (civiles; laborales; administrativos; y, tributarios; niñez y adolescencia; inquilinato) regulados por el Código General de Procesos.

sustanciarán ante la justicia ordinaria (facultad jurisdiccional en estricto sentido); o en su defecto, ante la relativamente nueva justicia constitucional<sup>168</sup> (jurisdicción constitucional).

Para el caso de los derechos fundamentales la actual Constitución del Ecuador ha establecido como nunca antes un considerable número de garantías jurisdiccionales que se desarrollan o sustancian a través de la denominada justicia constitucional, a las que pueden recurrir todo sujeto titular cuando considere vulnerado un derecho fundamental. Estas garantías jurisdiccionales tienen por finalidad hacer efectivo el cumplimiento de la *relación jurídica de correlatividad* que existe entre el titular del derecho fundamental y el sujeto obligado por el derecho fundamental; es decir, conminar al sujeto obligado a satisfacer el interés o expectativa que constituye el objeto del derecho que recae sobre el sujeto titular del derecho.

De importancia preponderante para la justicia constitucional en el Ecuador, son la acción de protección y extraordinaria de protección, por ser las más utilizadas en el Ecuador, garantías jurisdiccionales que como toda acción<sup>169</sup>, pone a funcionar la potestad jurisdiccional-constitucional del Estado (justicia constitucional), para la tutela de los derechos

---

<sup>168</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional, Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2008, p. 26. "(...) se advierten dos posturas dominantes sobre la naturaleza del Derecho procesal constitucional: 1) La europea, que sin entrar en el deslinde con el procesalismo científico la considera como parte del estudio de la ciencia constitucional con la denominación mayoritaria de <<justicia constitucional>>, y 2) la latinoamericana, que defiende su autonomía científica con dos vertientes: a) <<autonomía mixta>>, que estima que debe considerarse los principios, instituciones, metodología y técnicas del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal, y b) <<autonomía procesal>>, que partiendo de la teoría general del proceso deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, si bien con un acercamiento importante al Derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Si bien es una disciplina procesal, los vasos comunicantes con el Derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o penal, respecto al Derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que en muchas ocasiones sus categorías se encuentran en la propia constitución

<sup>169</sup> Sobre lo que se entiende por acción, véase: Hernando Devis Echandía, *Estudio de derecho procesal*, Tomo I, Bogotá, Editorial ABC, 1979, p. 190, entiende por acción: "(...) el derecho subjetivo público, cívico, abstracto y autónomo, que tiene toda persona, natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso.". Véase también Enrique Véscoli, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, editorial Temis, 2006, p. 63 y 64. Además puede revisarse: Edgardo Villamil Portilla, *Teoría Constitucional del Proceso*, Bogotá, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999, p. 349-358

fundamentales. Estas garantías se ejercitan a través de una demanda propuesta por el titular del derecho, en contra del sujeto obligado o destinatario del derecho, para que éste sea obligado por el juez constitucional, a cumplir con el interés o la expectativa que genera todo derecho fundamental.

Por conclusión lógica se entiende que la legitimación activa de estas garantías jurisdiccionales, va relacionada con la titularidad de un derecho fundamental; es decir, puede activar estas acciones, quien es considerado como sujetos titular de un derecho fundamental. Por su parte, el sujeto pasivo de estas garantías, contra quien se ejerce la acción, o legítimo contradictor, que es el sujeto obligado del derecho, que será generalmente el Estado, y excepcionalmente una persona particular.

No obstante, en el Ecuador existen casos de acciones de protección y acciones extraordinarias de protección que han sido o son activadas por órganos del Estado, lo que de suyo introduce una confusión, ya que el Estado además de ser sujeto obligado por el derecho fundamental, se convierte al unísono en sujetos titular de derechos fundamentales. Frente a este fenómeno tenemos que el Estado dentro de la *relación jurídica de correlatividad* en la cual se desarrollan los derechos, asumiría dos roles diferentes a la vez; a saber: 1) Como sujeto destinatario u obligado por el derecho; y en determinados casos, 2) Como sujeto titular del derecho.

Que sea el Estado un sujeto obligado o destinatario del derecho fundamental, no genera problema alguno con respecto al desarrollo de la *relación jurídica de correlatividad*, por cuanto éste es el rol natural que la Constitución le ha impuesto a los Estados modernos desde su conformación como Estados de derecho; sin embargo, que pueda ser también sujeto titular del derecho, produce cierta perplejidad, por cuanto resulta complejo determinar quién o qué persona sería el sujeto que asume el rol de obligado o destinatario del derecho como

correlato frente a la titularidad de derechos fundamentales por parte del Estado; es decir, entre qué sujetos se desarrolla la relación jurídica de correlatividad. Veamos cuáles son los argumentos para atribuir titularidad de derechos fundamentales al Estado.

### **1.- La legitimación activa del Estado en las garantías jurisdiccionales:**

La titularidad de derechos fundamentales por parte del Estado que otorga legitimidad en la causa para activar garantías jurisdiccionales, es un hecho que proviene de una disputa conceptual que ha sido resuelta a través de sentencias expedidas por Cortes Constitucionales, primero en Colombia, y posteriormente en Ecuador, en las cuales que se discute dos posiciones contrapuestas; a saber: 1) Que la titularidad de los derechos fundamentales recae exclusivamente en el ser humano o personas naturales<sup>170</sup>; y, 2) Que esta titularidad de derechos fundamentales también recae sobre las personas jurídicas<sup>171</sup>, entre las que se incluye al Estado.

En sentencia signada con el No. T-411/92<sup>172</sup>, de fecha 17 de junio de 1992, la Corte Constitucional colombiana, al revisar una acción de tutela propuesta por una persona jurídica

---

<sup>170</sup> Véase (L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 1er. Tomo, p. 684-687). Para Ferrajoli, los derechos fundamentales corresponden de forma universal y exclusiva a todos en cuanto personas naturales; en cuanto ciudadanos; en cuanto personas naturales capaces de obrar; y, en cuanto ciudadanos capaces de obrar, no así a las personas jurídicas o artificiales, ya que éstas son instrumentos para su tutela como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos. Recordemos que Ferrajoli realiza una distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, estos últimos, entendidos como derechos de disposición.

<sup>171</sup> Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 350

<sup>172</sup> <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm>. En dicha sentencia la Corte Constitucional de Colombia, fundamenta su argumento en los siguientes términos: “Para los efectos relacionados con la titularidad de la acción de tutela se debe entender que existen derechos fundamentales que se predicen exclusivamente de la persona humana, como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15); entre otros.

Pero otros derechos ya no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes.

En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no per se, sino que en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto, a criterio razonable del Juez de Tutela.

de derecho privado, aborda el problema de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de personas jurídicas, argumentando que si bien existen ciertos derechos que corresponde de forma exclusiva a los seres humanos, existen otros derechos como el debido proceso, que son predicables también a las personas jurídicas. Al ser una persona jurídica una ficción, la titularidad de sus derechos, va dada como protección indirecta de las personas naturales que la conforman, descartando de esta forma la tesis de la titularidad exclusiva de derechos fundamentales, por parte de las personas naturales.

Desde este enfoque, serían tanto las personas naturales como las personas jurídicas quienes gozarían de la titularidad de derechos fundamentales; sin embargo, persona jurídica es un término que permite definir a toda asociación o agrupación de seres humanos constituida para un fin específico, entre las cuales consta también el Estado, lo que obliga a aclarar si esta titularidad recae también en el Estado, como persona jurídica. La primera sentencia de la Corte Constitucional de Colombia citada, no hace esta distinción, de manea que no queda claro en un inicio si la titularidad de derechos fundamentales, recae únicamente en las personas jurídicas de derecho privado, o también sobre las de derecho público. Mediante sentencia signada con el No. T-463/92<sup>173</sup>, la Corte Constitucional de Colombia profundiza esta discusión concluyendo que bajo ciertas especificidades y de forma excepcional, la personas jurídicas de derecho público (Estado), también serían titulares de los mismos

---

Otros derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, las personas jurídicas los poseen directamente: es el caso de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15 de la Constitución), la libertad de asociación sindical (artículo 38); el debido proceso (artículo 29), entre otros.

Luego las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

a) indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

b) directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas.”

<sup>173</sup> <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-463-92.htm>

derechos fundamentales que se atribuyen a las personas jurídicas de derecho privado. Afirma la Corte Constitucional colombiana lo siguiente:

En principio, la acción de tutela no puede ser ejercida por personas jurídicas de derecho público, en la medida en que éstas desempeñan funciones públicas. El ejercicio de funciones públicas por parte de esta clase de personas jurídicas, por regla general, no se realiza como consecuencia del ejercicio de libertades originarias, independientes, sino con base en competencias determinadas por la Constitución y la ley, de carácter limitado y reglado.

El tratamiento jurídico de las relaciones de derecho público y la resolución de los conflictos que de ellas surgen no son objeto de los derechos fundamentales por ausencia de una relación directa con la persona humana. Sin embargo, lo anterior no significa que las personas jurídicas de derecho público no puedan, excepcionalmente, ser titulares de derechos fundamentales. Para establecer estos casos, es preciso indagar si la naturaleza jurídica pública de la entidad no la coloca en una situación jurídica o fáctica que sea contraria al ejercicio de este derecho por parte de una persona jurídica.

Como se podrá observar, al abordar este tema, la Corte Constitucional de Colombia ha atribuido también dicha titularidad de forma excepcional o restringida, a las personas jurídicas de derecho público, basándose principalmente en la sub-división de los derechos fundamentales en dos tipos: 1) Derechos fundamentales materiales o sustanciales; y, 2) Derechos fundamentales procesales o formales. Serán únicamente los derechos fundamentales procesales, sobre los cuales de forma excepcional se reconoce titularidad para las personas jurídicas públicas (Estado), por estar anclados al Estado de derecho.

Carlos Bernal Pulido, comentando las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, pretende justificar la titularidad de derechos fundamentales de carácter procesal por parte del Estado, a través del modelo de Estado. Dice Bernal Pulido que en la estructura de un Estado social de derecho, se produce un fenómeno de socialización del Estado; y a la vez, estatalización de la sociedad, que opera con una relación más dinámica de las instituciones del Estado que interactúan como interlocutores en todos los ámbitos sociales

asemejándose a los particulares. Este fenómeno sería la causa por la cual el Estado o sus instituciones, reciban un tratamiento como particulares en cuanto al derecho fundamental al debido proceso. Su tesis la estructura de la siguiente forma:

Una peculiaridad de la tesis jurisprudencial antes citada –se refiere a jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana– reside en la atribución del derecho fundamental al debido proceso también a las personas jurídicas públicas. Esta atribución disuena a primera vista de la tesis clásica de la teoría del Estado liberal de derecho, según la cual las instituciones estatales no están dotadas de derechos sino de competencias. El Estado de derecho otorga derechos subjetivos a los individuos, al paso que atribuye competencias a las instituciones que conforman las diversas ramas del poder público. Si se parte de esta lógica, entonces difícilmente se podría estar de acuerdo con la atribución del derecho fundamental a las instituciones estatales o, en la terminología de la Corte Constitucional, a las personas jurídicas públicas.

A pesar de lo anterior, aquí debe argumentarse que es preciso reevaluar la mencionada tesis clásica de la diferencia entre derechos de los ciudadanos y competencias del Estado. (...) En el Estado social de derecho, como sostiene el tópico, se presenta una socialización del Estado y una estatalización de la sociedad. (...) La socialización del Estado implica reconocer que las instituciones que lo conforman ya no pueden concebirse únicamente como instancias dotadas de *potestas*, es decir, de un poder que se ejerce mediante competencias. Antes bien, las instituciones del Estado interactúan en todos los ámbitos sociales como interlocutores que se asemejan en el discurso a los particulares. Si ello es así, también las instituciones estatales deben poder gozar del derecho fundamental al debido proceso, (...) <sup>174</sup>

Esta discusión constitucional también se presentó en Ecuador, a raíz de la promulgación de la actual Constitución que introduce la acción extraordinaria de protección como garantía jurisdiccional. El artículo 437 de la Constitución con respecto a dicha garantía jurisdiccional determina que: “Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. (...)”. Esta disposición constitucional generó en el

---

<sup>174</sup> Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 350.

Ecuador duda con respecto a la legitimación activa de esta garantía jurisdiccional por parte de personas jurídicas, colectivos o comunidades que no tengan el estatus de ciudadanos, por tal razón la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Sentencia No. 027-09-SEP-CC<sup>175</sup>, de fecha 08 de octubre de 2009, realizó la interpretación del citado artículo, y al igual que en el caso colombiano, establece la posibilidad de que las personas jurídicas, entre las que se incluye al Estado, puedan activar esta garantía jurisdiccional. Los argumentos que se recogen para arribar a esta conclusión, son los siguientes:

- **Principio de Unidad Normativa:** Dice la Corte Constitucional en la sentencia citada, con fundamento en este principio, que la Constitución constituye un cuerpo normativo *armónico*, lo que impide considerar las disposiciones constitucionales en forma aislada, por tanto las normas constitucionales deben ser entendidas con las demás normas que traten los mismos tópicos. En tal sentido, cuando la interpretación de una norma constitucional ofrece dudas en su alcance, para subsanar esas dudas, debe interpretarse tomando en cuenta las demás normas que sobre el mismo punto se refieren o normas relacionadas. En este contexto, si bien la norma hace referencia a los ciudadanos como habilitados para activar una acción extraordinaria de protección, no debe interpretarse restrictivamente, sino que debe interpretarse en armonía con las demás normas constitucionales que reconocen las garantías constitucionales para las personas en general.
- **Principio de igualdad y no discriminación:** Este es el argumento fundamental que se encuentra en todas las sentencias que otorgan titularidad de derechos fundamentales al Estado. Dice la Corte Constitucional que el numeral 2) constante en el Art. 11 de la

---

<sup>175</sup> Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>



Constitución de la República del Ecuador, garantiza la igualdad de las personas, y el goce de los mismos derechos, deberes y oportunidades, dando a entender que vedar la posibilidad a las instituciones del Estado como partes en los procesos jurisdiccionales, de proponer acciones extraordinarias de protección, resulta discriminatorio, y por tanto violatorio al principio de igualdad. El argumento lógico es el siguiente: Si el Estado es persona, al igual que cualquier otra persona jurídica, goza de los mismos derechos que la Constitución les atribuye a las personas, y por tanto, no puede ser discriminado a la hora de activar esta garantías jurisdiccional por violación de sus derechos.

- **Principio de aplicación directa de los derechos constitucionales:** Argumenta la Corte Constitucional que de conformidad con el numeral 3) del mismo artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, los derechos constitucionales son plenamente justiciables, estando prohibido alegar falta de norma jurídica para desconocerlos o para desechar las acciones que se incoen para tutelarlos.
- **Principio de prohibición de restricción de los derechos y garantías:** Finalmente la Corte Constitucional con fundamento en el numeral 4) del mismo artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que ninguna norma podrá restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

En base a estos argumentos, que se apalancan en el principio de igualdad y no discriminación, la Corte Constitucional del Ecuador, manifiesta que la acción extraordinaria de protección, no se puede limitar únicamente para ciertas partes procesales, por cuanto: “(...) el acceso a la justicia está garantizado para todos quienes tengan interés en que la administración de justicia resuelvan controversias en que pudieren estar incurso; así, las personas individualmente consideradas o mediante grupos, colectivos, comunidades, también

las personas jurídicas y las entidades estatales, es decir, cualquier parte de un proceso que considere vulnerados sus derechos.”<sup>176</sup>.

Si bien la citada sentencia podría ser considerada como fundante por expresar la Corte Constitucional que actúa como máximo intérprete de la Constitución, y como tal interpreta el Art. 437 de la Constitución de la República del Ecuador, así como también, en el proceso donde se expidió dicha sentencia, actúa como legitimado activo una institución del Estado como es el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, previamente a la expedición de esta sentencia, la Corte Constitucional ya expidió otra sentencia signada con el No. 024-09-SEP-CC, dentro de una acción extraordinaria de protección propuesta por una persona jurídica de derecho privado (Acromax Laboratorios Químicos Farmacéuticos S.A.), en la cual se cuestionaba la posibilidad de que una persona jurídica de derecho privado, que no goza del estatus de ciudadano, pueda interponer una acción extraordinaria de protección. En esta sentencia la Corte Constitucional realiza las siguientes puntualizaciones:

En ese sentido, el representante de PFIZER propone que la Corte Constitucional realice una interpretación literal del artículo 437 de la Constitución de la República, aspecto que de ser aceptado por la Corte, pondría de relieve un límite al acceso de la Acción Extraordinaria de Protección, visión que afecta a varios grupos, así por ejemplo: las personas jurídicas de derecho público y privado, los extranjeros, refugiados, comunidades, pueblos y nacionalidades; esta circunstancia imposibilitaría la exigibilidad de sus derechos constitucionales. (...)

(...) ii) si bien el artículo 437 habla de todo ciudadano, éste debe ser leído de forma integral en relación con los artículos: 10 “Las personas [...] gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” y 86.1 “cualquier persona [...] podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.” (...)

A la luz de estos parámetros Constitucionales y de los Derechos Humanos, queda claro que –por ciudadano que acceden a la justicia- debe entenderse a todas las personas. De esta forma se considera que se debe tomar en cuenta lo siguiente: i) que las personas en general tienen pleno derecho de acceder a la Acción Extraordinaria de Protección (...); ii) Las personas jurídicas de derecho público y privado son también sujetas de procesos judiciales, para quienes

---

<sup>176</sup> Sentencia Corte Constitucional del Ecuador No. 027-09-SEP-CC, p. 13, en <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

también son aplicables los principios de igualdad en el proceso y acceso efectivo a la justicia.<sup>177</sup>

Estos argumentos son los que utiliza la Corte Constitucional del Ecuador, para posibilitar a las instituciones del Estado, como personas jurídicas de derecho público, y lógicamente como partes de los procesos jurisdiccionales, pueda ser considerado como legitimado activo en las acciones extraordinarias de protección. Este argumento se profundiza en la acción extraordinaria de protección No. 0213-10-EP<sup>178</sup>, que contienen el voto concurrente de los Magistrados Alfonso Luz Yanes y Manuel Viteri Olvera, a la sentencia 055-10-SEP-CC, acción propuesta por la Superintendencia de Telecomunicaciones (Institución del Estado), en contra de la sentencia de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que aceptó la acción de protección a favor de la compañía CRATEL C.A. (Teleamazonas). En este voto concurrente se aborda el fondo del problema sobre si son sujetos de derechos las instituciones del sector público, para lo cual se expresan los siguientes argumentos:

- Dice la Corte Constitucional del Ecuador, que con relación a la titularidad de derechos fundamentales que consagra la Constitución, existen tres posiciones contrapuestas; a saber: La primera que considera únicamente a las personas naturales como titulares de derechos fundamentales que consagra una Constitución; la segunda que incluye también a las personas jurídicas de derecho privado como titulares de derechos fundamentales; y, la última que considera como sujetos de garantías a las instituciones públicas.

---

<sup>177</sup> Sentencia Corte Constitucional del Ecuador No. 024-09-SEP-CC, p. 14, en <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

<sup>178</sup> Suplemento del Registro Oficial No. 359, de fecha lunes 10 de enero de 2011, p. 37 a 45

- Tomando como referencia el Art. 564 del Código Civil, la Corte Constitucional, define lo que es una persona jurídica, definición que abarca a las instituciones del Estado.
- Finalmente, establece que de conformidad con el nuevo paradigma constitucional, y conforme lo determina el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, los derechos constitucionales están garantizados para todas las personas, sin que la norma constitucional determine restricción para las personas jurídicas; por tanto, el Estado a través de sus instituciones, actuando además como parte en los procesos, sea como actor o como demandado, no puede restringírsele su derecho de recurrir dentro de un mismo proceso, menos aun ejercer las acciones que la propia Constitución garantiza para todas las personas, por ser una persona jurídica.

Como podemos ver, existe la posición de la Corte Constitucional del Ecuador, que en base a una interpretación integral de la Constitución, atribuye la titularidad de cualquier derecho constitucional al Estado, por ser persona jurídica; mientras que, la Corte Constitucional colombiana y la doctrina colombiana es mas cauta, estableciendo la titularidad al Estado de ciertos derechos –no de todos los derechos constitucionales- específicamente de los derechos fundamentales de índole procesal.

Esta doctrina elaborada por Corte Constitucional, ha permitido que en el Ecuador, el Estado a través de sus instituciones, activen acciones de protección y extraordinarias de protección, cuando consideren que se han violentado sus derechos constitucionales, a través de actos administrativos o sentencias. Si bien en cuanto a la acción de protección, es mínima la utilización por parte del Estado de esta garantía jurisdiccional<sup>179</sup>, no ocurre lo mismo con

---

<sup>179</sup> Véase: (C. Storini y M. Navas Alvear, *La Acción de Protección en el Ecuador, Realidad jurídica y social*, p. 123) En la obra citada se realiza un análisis de las acciones de protección en las provincias de Guayas y Azuay, cuyos resultados cuantitativos determinan que del 100% de acciones de protección que se han analizado durante los años materia del estudio, únicamente el 8% que equivalen a 166 acciones son propuestas por personas

respecto a la acción extraordinaria de protección, garantía que es bastante utilizada por el Estado a través de sus instituciones, cuando existen sentencias adversas a sus intereses.

Como corolario, serían dos los argumentos principales que se han recogido para reconocer titularidad de derechos fundamentales al Estado o sus instituciones, y por ende legitimar al Estado como sujeto activo en la acción de protección y extraordinaria de protección; a saber: 1) Que en el modelo de Estado social de derecho, el Estado adquiere titularidad de derechos fundamentales por cuanto trasciende al Estado liberal, interactuando con la sociedad, más allá de sus potestades, que es la tesis expuesta por Carlos Bernal Pulido; y, 2) Que en aplicación del principio de igualdad, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales están reconocidas en la Constitución para todas las personas; y que por tanto, al ser el Estado es una persona jurídica, también tiene el derecho de gozar de los mismos derechos y garantías que la Constitución reconoce a las personas en general, que ha sido el argumento de la Corte Constitucional del Ecuador.

## **2.- Análisis crítico a la posición jurídica del Estado como sujeto titular de derechos fundamentales.-**

Con respecto al primer argumento, que en el Estado social de derecho, a diferencia del Estado de derecho liberal, se produzca una socialización del Estado y a la vez una estatalización de la sociedad, lo que constituiría el fundamento de Bernal Pulido para considerar al Estado sujeto titular de derechos fundamentales, es un argumento poco convincente. Resulta superficial el afirmar que la transición de un Estado de derecho de corte liberal hacia un Estado social de derecho, *per se* otorga la titularidad de derechos

---

jurídicas, de las cuales, 10 han sido planteadas por personas jurídicas de derecho público. El fenómeno que se produce con la acción de protección es diferente: cada año disminuye la demanda de esta garantía por el sistemático rechazo por parte de los Jueces de esta acción. Como ejemplo cabe citar la acción de protección que se tramitó en la Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil del cantón Loja, con el No. 11333-2015-01697, propuesta por el GAD Municipal de Loja, en contra del GAD Provincial de Loja, acción en la cual se citan como derechos vulnerados el derecho a la vida digna (numeral 2 del Art. 66 C.R.E.); derecho a la salud (Art. 32 C.R.E.); al debido proceso (Art. 76 C.R.E.); esta acción de protección fue concedida en primera instancia, y revocada en segunda instancia.

fundamentales al Estado, como si este fenómeno dependiera del modelo de Estado adoptado; es decir, si un Estado de derecho es de corte liberal, éste no tiene derechos; pero si adopta la estructura de Estado social de derecho, entonces se convierte en un sujeto titular de derechos fundamentales. Es verdad que la transición del Estado desde un modelo liberal a un modelo social implica una mayor presencia del Estado en la sociedad, pero no como un Estado con derechos; por el contrario, esta mayor presencia del Estado en la sociedad a través de una diversidad de órganos, reafirma el rol de sujeto obligado que tiene el Estado, y su deber de intervenir de forma activa en la prestación o satisfacción de las necesidades básicas de los individuos, catalogadas como derechos fundamentales de carácter social.

Esta tesis no es convincente, máxime si Bernal Pulido reconoce que una tesis de esta naturaleza, “disuena” con un enfoque liberal del Estado; sin embargo, para él la simple transición del modelo de Estado, sería razón suficiente para concebir titularidad de derechos fundamentales al Estado. Se necesita un argumento más profundo para aceptar una tesis de esta naturaleza, que no se limite a elucubrar en los fenómenos que en teoría se producirían cuando se adopta determinado modelo de Estado de derecho.

Si en la realidad ocurriese que con la simple definición del modelo de Estado que se realice en una Constitución, éste va a actuar de la forma definida como modelo ideal, no habría necesidad de la existencia de garantías secundarias, por cuanto se entendería como suficiente garantía la descripción del modelo de Estado, y la positivización de los derechos; pero la realidad y la historia nos ha enseñado que “(...) la elaboración y plasmación de un modelo teóricamente garantista no asegura por sí solo la realización de las finalidades de un “Estado de derechos” puesto que su materialización reside también en la materialización de los operadores de justicia.”<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> (C. Storini y M. Navas Alvear, *La Acción de Protección en el Ecuador, Realidad jurídica y social*, p. 37 y 38)

En cuanto al segundo argumento que se fundamenta en el principio de igualdad y no discriminación, la discusión se profundiza un poco más, ya que no se puede desconocer el estatus de persona<sup>181</sup> jurídica que tiene el Estado. Sin embargo, por más que el Estado sea considerado como una persona jurídica, es forzado aplicar el principio de igualdad y no discriminación para reconocer titularidad de derechos fundamentales al Estado.

Para adentrarnos en esta discusión es imperioso entender qué es una persona<sup>182</sup>, y partiendo de esta definición continuar indagando en las características personales del Estado, para determinar si en efecto, es igual a las demás personas. Una definición sencilla que puede servir como premisa, es la que realiza Ferrajoli, para quien persona es “(...) cualquier sujeto dotado de personalidad.”<sup>183</sup>. Esta definición nos trae como corolario que lo jurídicamente relevante de la persona para el derecho, es la personalidad.

La personalidad según Ferrajoli, es el estatus jurídico a través del cual un sujeto cualificado como persona, se le puede atribuir la autoría de situaciones con relevancia jurídica que se expresan a través de modalidades o expectativas<sup>184</sup>. Partiendo de estos dos conceptos: persona y personalidad, podemos deducir que para el derecho no interesa tanto el tipo de

---

<sup>181</sup> Bartolomé Clavero, *Happy Constitution, cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 13. *Persona* venía desde antiguo técnicamente significando la facultad social o la legitimidad procesal para actuar en el mundo del derecho en nombre de intereses propios, de los ajenos mediante mandato o de unos colectivos o comunes en los casos y en la medida en que estos también fueron objeto de representación. De una u otra forma, con anterioridad se dice que el individuo tiene *persona* y que puede por ello actuar jurídicamente, operar como actor social. *Persona* es tradicionalmente algo que se posee, no que se sea. Desde tiempos antiguos, el sintagma jurídico se formulaba como *habere personam*, no como *essere persona*. El hombre, por tenerla, no lo era. Y la tenencia era dependencia. La personalidad, esta personalidad que no es individualidad, era cosa determinada por el *status*, por el *estado* o condición social, política y familiar. (...) (...) El mismo sustantivo *individuo*, término al cabo también antiguo, como unidad que se entiende indivisible, (...), irá asentándose para significar el componente humano o miembro de un cuerpo colectivo, (...)

<sup>182</sup> Véase (L. Ferrajoli, , *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, Tomo I Teoría del derecho*, p. 325). Dice Ferrajoli que término persona se refiere en su denominación a entidades fuertemente heterogéneas, ya que se incluye dentro de este género, a las personas de carne y hueso, como a las ficciones antropomórficas que serían las personas jurídicas. Véase también: Rolando Tamayo y Salmerón, *El sujeto del Derecho*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, tomo: El derecho y la justicia, Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, editores, Madrid, Editorial Trotta y Consejo Superior de Investigación Científica, 2da. Edición, 2000, p. 297. Persona desde un enfoque jurídico, se considera al sujeto que ejerce cierto papel o rol determinado en la escena del derecho.

<sup>183</sup> (L. Ferrajoli, , *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, Tomo I Teoría del derecho*, p. 326)

<sup>184</sup> (L. Ferrajoli, , *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, Tomo I Teoría del derecho*, p. 326)

persona (natural o jurídica)<sup>185</sup> que un sujeto pueda ser, sino más bien es relevante su personalidad, estatus que le permite actuar como sujeto de derecho<sup>186</sup>. Autores como Ferrajoli prefieren diferenciar a las personas en naturales y artificiales, por cuanto considera que persona es un concepto netamente jurídico, y por tanto, toda persona es jurídica.

La noción del Estado como persona jurídica o artificial, parte de una necesidad de atribuir a esta entidad la cualidad de sujeto de derecho, y como tal parte activa en todas las relaciones jurídicas que se desarrollan con los demás sujetos que interactúan en la dinámica social. Sin embargo, es necesario aclarar que no por ser sujeto de derecho, el Estado se convierte en titular de derechos. Sujeto de derecho es un término genérico que engloba la cualidad de sujeto titular de derecho, como de sujeto obligado por el derecho<sup>187</sup>. Mas bien, es la necesidad de incluir al Estado dentro de la relación en la que se desenvuelven los sujetos del derecho, imputándole los comportamientos ejecutados por sus representantes, y asignándole las obligaciones que dimanen del ordenamiento jurídico, lo que obliga a atribuir al Estado personalidad jurídica.

Sin embargo, si bien el Estado posee personalidad o ha adquirido el estatus de persona, artificial, no es cualquier persona, ni es igual a las demás personas que existen en la sociedad; por el contrario, el Estado tiene una característica peculiar que configuran una marcada

---

<sup>185</sup> (L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 1er. Tomo, p. 329). “Llamo personas naturales a todas las personas que preexisten al derecho, comenzando por las personas humanas. Llamo en cambio personas artificiales, a todas las constituidas por el derecho, como los distintos tipos de entes y de sociedades. Las personas naturales existen con independencia de las normas que las contemplan y, más en general, de actos o hechos jurídicos. Las personas artificiales por el contrario son instituidas jurídicamente en vista de los objetivos y de los intereses que, (...), constituyen su razón social. No preexisten al derecho, siendo su existencia el resultado de preceptos jurídicos. No son entidades empíricas observables, sino ficciones jurídicas, artificios, figuras inmatrimoniales, simplemente significados de los actos preceptivos de los que son efectos.

<sup>186</sup> Véase: Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1978, p. 125. Dice Jellinek que para explicar la *naturaleza jurídica del Estado*, es necesario entenderlo como un *sujeto de derecho*, que no es una cualidad del hombre, sino más bien al ser un concepto netamente jurídico, se convierte en una relación jurídica que está determinada por normas también jurídicas. Véase también (L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 1er. Tomo, p. 180). “(...) se llamará ‘sujetos jurídicos’ a todos aquellos a quienes son imputables actos jurídicos o situaciones jurídicas; (...)”

<sup>187</sup> Véase Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 16va. Edición, México D.F., Editorial Porrúa, 1991 p. 178



diferencia frente al resto de personas naturales y jurídicas que coexisten dentro del Estado, ya que éste goza del monopolio del poder de *imperium*, que le permite someter a las demás personas, al cumplimiento de su voluntad por medio de la coacción legal<sup>188</sup>. Esta cualidad de persona con más poder, lo hace diferente a los demás sujetos dotados de personalidad que coexisten dentro del Estado, diferencia que constituye el fundamento social para limitar y regular el ejercicio de ese poder, a través de los derechos fundamentales que se consagran en la Constitución.

Si se toma en cuenta esta característica peculiar del Estado como persona, indudablemente resulta falaz el silogismo basado en el principio de igualdad que utiliza la Corte Constitucional para atribuir derechos al Estado por ser persona: (premisa mayor: la Constitución reconoce derechos fundamentales a las personas naturales y jurídicas; premisa menor: el Estado es una persona jurídica; conclusión: la Constitución también reconoce derechos fundamentales al Estado). Este argumento, sin introducirse en el análisis los demás ponderables sobre la peculiaridad del Estado como persona, resulta lógicamente incorrecto.

La igualdad es ante todo un valor<sup>189</sup>, que al introducirse en los sistemas jurídicos positivos se estructura como un principio<sup>190</sup>. A través de la igualdad como norma positiva reconocida en los ordenamientos jurídicos, se logró romper los privilegios estamentales característicos de la época medioeval, de manera que los derechos o mejor dicho el ordenamiento jurídico, era el mismo para todos, lo que se conoce como igualdad formal; no obstante, este concepto ha ido evolucionando hacia una igualdad sustancial, que no está concebida como la igualdad en abstracto a la generalidad de las personas, sino más como una

---

<sup>188</sup> Véase: (D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 193). Este poder de *imperium* del Estado se ejerce a través de los medios que Grimm los ha denominado como: “mandado y coacción”, cuya posesión sería lo que diferencia al Estado de la sociedad.

<sup>189</sup> (G. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, p. 284)

<sup>190</sup> La igualdad como un concepto jurídico es introducido en la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que en su primer artículo establece: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”

fórmula para eliminar cualquier forma de discriminación por cualidades personales. En este contexto la igualdad y la no discriminación son concebidas como la *declaración positiva y negativa de un mismo principio*<sup>191</sup>.

La igualdad como principio jurídico puede ser concebida desde diferentes dimensiones, una de las cuales, es la que Peces-Barba denomina “igualdad como equiparación y como diferenciación.”<sup>192</sup>, que se fundamenta que la antigua regla de trato igualitario para los iguales; y, desigualitario a los desiguales. En el presente caso, los argumentos que recurre la Corte Constitucional del Ecuador para atribuir derechos fundamentales al Estado, no toman en cuenta esta dimensión de la igualdad como equiparación y diferenciación, y por el contrario pretende otorgar un trato igualitario al Estado frente a los demás sujetos jurídicos, sin tomar en cuenta la diferenciación o características peculiares de monopolizador del poder que tiene esta persona Estado.

Si bien en España la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional de España ha reconocido al Estado la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>193</sup>, en sentencia signada con el No. 197/1998, de fecha 24 de octubre de 1998, dicho Tribunal reconoce que no se puede equiparar al Estado con los particulares, bajo los siguientes argumentos:

(...) pero ocurre que en el recurso se suscita una cuestión que, trascendiendo del caso concreto, ostenta especial importancia doctrinal, como es la de establecer, dentro de la dogmática general de los derechos fundamentales, el contenido y alcance de la tutela judicial cuando es reclamada por poderes públicos y tal especial relevancia de dicha cuestión, aún no abordada por este Tribunal, hace aconsejable, aunque sea a fines puramente teóricos, pronunciarse sobre ella al objeto de completar, en este aspecto, la doctrina constitucional, lo cual redundará, sin duda, en

---

<sup>191</sup> Anne F. Bayefsky, “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990, p. 2

<sup>192</sup> (G. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, p. 285)

<sup>193</sup> Véase: Pedro Cruz Villalón, “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 35, 1992, p.81. El autor hace un análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional de España, y las posiciones internas frente a reconocer el derecho al Estado a la tutela judicial efectiva.

beneficio de una mayor seguridad y certeza jurídicas.

El art. 24.1 de la Constitución establece una doble garantía para «todas las personas» en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, pues no sólo proscribe que los Jueces y Tribunales cierren arbitrariamente los cauces judiciales legalmente previstos a quienes, estando legitimados para ello, pretenden defender sus propios derechos e intereses, sino que también prohíbe al legislador que, con normas excluyentes de la vía jurisdiccional, les impida el acceso al proceso, prohibición, esta última, que se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 de la C.E., cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las Administraciones públicas, que es el supuesto al cual aquí limitaremos nuestro análisis.

Esta doctrina, construida en relación con la tutela judicial de las personas privadas no cabe, siguiendo la STC 64/1988, de 12 de abril, trasladarla íntegramente a las personas jurídicas del Derecho público, pues tal doctrina parte de la concepción de los derechos fundamentales como garantías de los particulares frente al poder público y desnaturalizaría esta concepción la tesis simplificadora que sostuviera que los entes públicos gozan, en paridad de posición con los particulares, de un derecho constitucional subjetivo en cuya virtud el legislador venga obligado, en todos los casos, a establecer recursos judiciales para que dichos entes públicos defiendan sus propios actos frente a los que, afectándolos, hayan sido adoptados por otros órganos o personas públicas, pues lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional.<sup>194</sup>

Lo interesante de esta sentencia es que reconoce que los derechos fundamentales son concebidos como garantías de los particulares frente a los poderes públicos, y que por tanto, las garantías constitucionales se levantan principalmente contra estos poderes públicos. Además reconoce también esta sentencia que el Estado no se encuentra en una posición igual o similar a los particulares, para aplicar los mismos criterios de titularidad de derechos fundamentales.

Pero además de configurarse este error lógico en el análisis del principio de igualdad para atribuir la titularidad de derechos fundamentales al Estado, existe también un error conceptual que supone dicha tesis. Las sentencias que dan sustento al ejercicio de garantías

---

<sup>194</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1138>

jurisdiccionales por parte del Estado, no consideran el concepto de individualidad de la personalidad jurídica del Estado: este concepto establece que la personalidad jurídica del Estado es única, y como tal no puede dividirse. Si bien en su formación institucional se estructura a través de varios órganos sobre los cuales se distribuye las competencias estatales que le permiten ejecutar los fines para los cuales fue creado el Estado, estos órganos del Estado no son personas jurídicas independientes del Estado, ni gozan de personalidad individual; por el contrario, “(...) consiste en una agencia, o sea, en una articulación organizativa de la persona jurídica a la que pertenece.”<sup>195</sup>.

Las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador analizadas, rompen este concepto de personalidad única del Estado, atribuyendo personalidad jurídica a cada órgano estatal, como si fuesen personas jurídicas independiente entre si, que goza de personalidad, y que coexisten dentro del Estado en forma independiente, sin tomar en cuenta que la relación que existe entre el Estado y sus órganos, no es una relación de representación de la persona jurídica a la que pertenecen, sino más bien, una relación de identidad orgánica<sup>196</sup>. George Jellinek sobre la estructura jurídica del Estado, ha manifestado que: “El fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como de una unidad; de donde se sigue, como consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado. Un poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas. (...)”<sup>197</sup>.

Partiendo de esta personificación desarticulada de los órganos que conforman el Estado, la Corte Constitucional otorga titularidad de derechos a cada órgano frente al propio Estado, con lo cual se produce precisamente el peligro que advierte Jellinek (el desmenuzamiento del Estado en varias formaciones políticas), fenómeno que suprime *ipso*

---

<sup>195</sup> (L. Ferrajoli, , *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, Tomo I Teoría del derecho*, p. 355)

<sup>196</sup> (L. Ferrajoli, , *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, Tomo I Teoría del derecho*, p. 579)

<sup>197</sup> (G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, p. 373)

*facto* la teoría de la relación jurídica de correlatividad en la cual se desarrollan todo derecho, incluidos los fundamentales.

No habría relación jurídica de correlatividad si el Estado, a través de uno de sus órganos, comparece ante otro órgano del Estado, para que le tutele sus derechos fundamentales como Estado, vulnerados por otro órgano del Estado; es decir, el Estado se convierte al unísono en: sujeto titular del derecho; y, sujeto obligado por el derecho, que debe tutelarse a si mismo (autotutela) cualquier vulneración de sus derechos fundamentales producida por sus propios órganos. De esta forma se encapsula en la propia institucionalidad del Estado, el ejercicio de las garantías jurisdiccionales.

Ahora bien, refirámonos a los derechos fundamentales de índole procesal, relacionados con el debido proceso o tutela judicial efectiva sobre los cuales de forma primordial se ha atribuido también al Estado la titularidad de dichos derechos, ya que resulta impensable e inconcebible la titularidad de otro tipo de derechos fundamentales para el Estado, como los derechos humanos.

Frente a esta posibilidad cabría realizarse la siguiente interrogante: Con respecto al derecho fundamental al debido proceso, ¿quién asume dentro de la relación jurídica de correlatividad el rol de sujeto obligado por este derecho?. Esta interrogante no admite otra respuesta que el Estado, ya que desde su conformación como Estado moderno, alcanza el monopolio del ejercicio de la potestad jurisdiccional, y como tal se convierte en el único y exclusivo sujeto obligado a garantizar este derecho. Preestablecido el sujeto obligado de la relación jurídica de correlatividad en la cual se desenvuelve el derecho fundamental al debido proceso (Estado), es menester reconocer que esta relación se desarrollará teniendo como contraparte las personas que intervengan como partes de en un proceso jurisdiccional o constitucional.

En determinados casos, el Estado también es parte de los procesos jurisdiccionales, generalmente cuando son impugnadas sus actuaciones. No obstante, si dentro de este tipo de procesos especiales el juez no observa las garantías básicas para que se desarrolle un debido proceso, perjudicando los intereses del Estado, esta posibilidad no implica una violación de los derechos fundamentales del Estado al debido proceso, sino mas bien, evidencia un mal funcionamiento del Estado, que deviene de una actuación incorrecta de los servidores públicos que actúan en su representación. Sin embargo, el actuar incorrecto del servidor público que actúa en representación del Estado ejerciendo la potestad jurisdiccional, se convierte en el fundamento para otorgar titularidad de derechos fundamentales al Estado, cuando la solución a este problema sería una autodepuración del Estado expulsando a los servidores que actúen inobservando normas básicas de un debido proceso, y no la destrucción de la teoría de la relación jurídica de correlatividad.

Contradictorio resulta que esta persona artificial denominada Estado, constituida por la sociedad como un medio<sup>198</sup> para que el ser humano pueda alcanzar su plena realización garantizando los derechos fundamentales, se convierta en un *fin* de si mismo, desplazando al ser humano de la protección jurídica de garantía de sus derechos, para autotutelarse la protección de derechos fundamentales que no los tiene, violación configurada precisamente por una actuaciones arbitrarias o ilegales de sus propios funcionarios.

Pero el trasfondo que genera el hecho de reconocer titularidad de derechos fundamentales al Estado, independientemente que se restrinja dicha titularidad a derechos fundamentales de índole procesal, es preocupante para la sociedad, ya que existe una

---

<sup>198</sup> Véase: Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo, Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p 17. "El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas, consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas. El constitucionalismo pertenece por completo a la Edad Moderna, aunque en sus estrategias sean recurrentes problemas que se remontan a épocas anteriores, de origen antiguo y medieval."

predisposición institucional de los jueces constitucionales, como una especie de espíritu de cuerpo, de aceptar o conceder este tipo de garantías jurisdiccionales al Estado, producto de un fenómeno que deriva de un concepto económico que se denomina “costes de agencia”<sup>199</sup>, que en el ámbito judicial va direccionado a establecer quién es el que contrata a los jueces, y por lo tanto cómo actuarán en sus resoluciones los jueces respecto a su empleador. Sobre este incómodo tópico, Posner ha manifestado que:

(...) si bien la discreción judicial y los costes de agencia están relacionados, no son idénticos.

Los estudios que ponen de manifiesto que identificar el partido político del presidente que ha hecho las designaciones es un criterio adecuado para predecir el sentido de los votos de un juez, proyectan una visión del juez como agente leal al presidente que lo nombró e incluso, en la medida en que las preferencias políticas son consideradas factores legítimos en la resolución judicial de conflictos, como un fiel agente <<de derecho>>.<sup>200</sup>

Como podemos ver, es inevitable la influencia que ejerce la política en la actividad jurisdiccional, más aun en sistemas constitucionales y democráticos precarios como los existentes en varios países de Latinoamérica, donde dicha influencia sobre los jueces que tienen que resolver cuestiones que involucran intereses estatales se intensifica, al punto que la presión política conspira contra la garantía de independencia que debe tener todo juez.

Sólo con una finalidad referencial pues no es la finalidad de la presente tesis realizar análisis estadísticos de los argumentos para aceptar o negar las acciones extraordinarias de protección incoadas por el Estado, tomando como fuente el registro de acciones

---

<sup>199</sup> Véase: Richard A. Posner, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2011, p. 143

<sup>200</sup> (R. A. Posner, *Cómo deciden los jueces*, p. 144 y 145)

extraordinarias de protección de la página electrónica de la Corte Constitucional del Ecuador<sup>201</sup>, se ha podido recabar los siguientes datos:

La Corte Constitucional ecuatoriana expidió durante en el año 2011<sup>202</sup> aproximadamente 165 autos de admisión, de los cuales, el 20% (32) corresponden a acciones extraordinarias de protección incoadas por órganos del Estado; y, el 80% (133) restantes corresponden a acciones presentadas por particulares. De las 32 acciones extraordinarias de protección presentadas por órganos del Estado, 20 acciones que representan el 63% le fueron admitidas; y 12 acciones que representan el 37% inadmitidas. Con respecto a las acciones extraordinarias de protección incoada por los particulares, se produce lo contrario: De las 133 acciones presentadas por particulares, 30 acciones que representan el 23% fueron admitidas; y, 97 acciones que representan 77% han sido inadmitidas<sup>203</sup>. Este fenómeno se agudiza con el paso de los años.

Con respecto a las acciones extraordinarias de protección admitidas al Estado y a los particulares que pasan a resolverse sobre el fondo del litigio por el Pleno de la Corte Constitucional, ocurre algo similar: Durante los años 2013 y 2014, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, sustanció 252 acciones extraordinarias de protección, de las cuales 83 acciones (33%) han sido propuestas por órganos del Estado; y las 169 acciones restantes (67%), corresponden a acciones propuestas por particulares. De las 83 acciones incoadas por los órganos del Estado, 61 acciones que representan el 74% fueron aceptadas; y, 22 acciones que representan el 26% han sido rechazadas. En cambio con respecto a los

---

<sup>201</sup> <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias.html>

<sup>202</sup> Para el análisis de los autos de admisión emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador, se ha tomado como referencia el año 2011, por cuanto este es el primer año que mantiene registro en la página electrónica de la Corte Constitucional del Ecuador. Si bien la actual Constitución entró en vigencia el 20 de octubre de 2008, registro informático sobre autos de admisión, hay desde el año 2011 en adelante.

<sup>203</sup> Fuente estadística preparada de forma personal, tomando para el análisis el registro de autos de admisión del año 2011 que consta en la página web de la Corte Constitucional del Ecuador.



particulares, de las 169 acciones que se presentaron, 82 acciones que representan el 49% se han aceptado; y, 87 acciones restantes que representan el 51% fueron negadas<sup>204</sup>.

En cuanto a la acción de protección la tendencia de los jueces constitucionales, es rechazar acciones de esta naturaleza<sup>205</sup>, lo que ha generado un desinterés social en recurrir a esta garantía jurisdiccional por considerarla ineficaz, por cuanto es muy improbable que un juez resuelva favorablemente este tipo de acciones, más aun cuando existen factores exógenos de presión que influyen en el Juez generando riesgo de perder su cargo<sup>206</sup>. Este fenómeno ha ocasionado que la sociedad de forma paulatina deje de utilizar esta garantía jurisdiccional y por tanto, disminuya su activación<sup>207</sup>, por la ineficacia de esta garantía constitucional como medio de reparación de los derechos constitucionales vulnerados.

Estos datos reflejan que no son necesariamente los particulares quienes se benefician de este tipo de garantías jurisdiccionales, por cuanto su ejercicio conlleva una gran resistencia institucional; por el contrario, estas garantías han sido muy útiles para el Estado cuando ha existido conflictos de trascendencia política, que han sido resueltos de modo favorable para los intereses estatales, que no necesariamente son los intereses de la colectividad.

---

<sup>204</sup> Fuente estadística preparada de forma personal, tomando para el análisis el registro de sentencias de acciones extraordinarias de protección de los años 2013 y 2014 que consta en la página web de la Corte Constitucional del Ecuador

<sup>205</sup> Véase: *Garantías Jurisdiccionales: Análisis Cuantitativo de las Decisiones de los Jueces de Instancia en el año 2013*, Pamela Aguirre y Dayana Ávila, Coordinadoras, Quito, Editorial de la Corte Constitucional del Ecuador, 2014, p. 51. Según este análisis cuantitativo, el 83,15% de las acciones de protección presentadas en el Ecuador en el año 2013, han sido negadas; y únicamente, el 12,27% han sido aceptadas. De las sentencias que rechazan las acciones de protección en primera instancia, sólo el 6,48% han logrado revocarse la decisión en segunda instancia.

<sup>206</sup> <http://app.funcionjudicial.gob.ec/ucd/>. Revíse las siguientes resoluciones expedidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura: 2011-0320A; 2011-0556A; 2011-0620P; 2012-0046P; 2012-0146P; 2012-0179P, en las cuales se procede a la destitución de Jueces cuya infracción es haber actuado con error inexcusable, al haber otorgado o aceptado acciones de protección que a criterio del Consejo de la Judicatura, se trataban de asuntos de mera legalidad, a pesar de que dicho órgano administrativo de la Función Judicial tiene prohibición legal de revisar actuaciones de naturaleza jurisdiccional.

<sup>207</sup> Como dato referencial, mediante memorando No. 052DP11-CJL-DEJ-L-RF, de fecha 21 de julio de 2014, la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura certifica que desde el año 2010 hasta el mes de julio de 2014, se registran los siguientes datos sobre acciones de protección presentadas en la ciudad de Loja: 2010=247; 2011=205; 2012=136; 2013=118; y, hasta julio de 2014=41.

## CONCLUSIONES

Los temas abordados en la presente tesis están direccionados a establecer el rol que el Estado moderno ha asumido frente a los derechos fundamentales, desde su conformación y consolidación como institución emblemática en la organización de la sociedad. Ubicado el Estado como un sujeto dentro de la relación jurídica de correlatividad en la cual se desarrollan los derechos fundamentales, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- 1.- Los derechos fundamentales, por regla general, se desarrollan en una relación de correlatividad entre por lo menos dos sujetos: uno titular; y otro, obligado, derechos que al encontrarse positivados en un texto normativo, otorga a la relación el carácter de jurídica;
- 2.- Los derechos fundamentales al encontrarse consagrados en una Constitución, tienen en todos los casos como sujeto obligado o destinatario del derecho fundamental al Estado, que asume el deber correlativo de garantizarlo, frente a la expectativa de disfrute del sujeto titular;
- 3.- No es posible que un mismo sujeto de derecho, asuma al unísono dentro de la relación jurídica de correlatividad el rol de sujeto titular del derecho fundamental; y, sujeto obligado por el derecho fundamental, por cuanto se extingue la relación jurídica de correlatividad, y aparece una autocomposición, que no incumbe al mundo del derecho. Al ser el Estado además de sujeto obligado por el derecho fundamental, sujeto titular del mismo derecho, estaríamos aceptando que los derechos no sólo operan en el ámbito social, sino que inclusive en el ámbito interno del sujeto.
- 4.- Las teorías que reconocen titularidad de derechos fundamentales al Estado, no trascienden de la aplicación del principio de igualdad como fundamento de su tesis, lo que resulta insuficiente para consolidar una teoría de esta naturaleza. Por el contrario, evidencia una fuerte influencia política en este tipo de teorías, que contrarían el concepto de Estado de derecho, el cual se transforma en un Estado con derechos. El Estado bajo ningún punto de

vista es igual a las demás personas que coexisten con él, y la constitución no es un instrumento que utiliza el Estado para autocomponerse; por el contrario, este documento regula el ejercicio del poder de *imperium*, estableciendo como límites de este poder, precisamente a los derechos fundamentales.

5.- Con respecto a los derechos fundamentales de índole procesal, especialmente el derecho al debido proceso, cuando el Estado es parte de un proceso, no adquiere la titularidad de este tipo de derechos, sino más bien, la obligación de garantizar una tutela judicial efectiva para los sujetos procesales, y por ende para sí mismo, sin que el incumplimiento de esta tutela, *per se* engendre titularidad de derechos por parte del Estado. Una cosa es que se pueda autocomponer esta mala actuación a través de los remedios procesales ordinarios; y otra muy diferente, que se pueda activar las garantías jurisdiccionales como titular de derechos fundamentales de índole procesal.

## **RECOMENDACIONES**

1.- Es necesario que la Corte Constitucional del Ecuador, a través de su jurisprudencia, marque un límite que separe dentro de la relación jurídica de correlatividad en la que se desarrollan los derechos fundamentales, al Estado como sujeto obligado o destinatario del derecho, de las demás personas particulares, sean naturales o jurídicas, que actúan como sujetos titulares de derechos fundamentales. Incluir al Estado como igual a las demás personas para reconocer titularidad de derechos, cuando no lo es, resulta en extremo peligroso, ya que lejos de limitar el poder del Estado, se lo potencializa, permitiéndole utilizar el instrumento jurídico que se supone limita su poder, para su beneficio.

2.- Son necesarios mecanismo que garanticen la independencia de los jueces constitucionales, que eliminen las presiones institucionales y políticas que influyen en sus decisiones y debilitan la estructura constitucional del Estado. Los jueces deben responder por sus actuaciones, sólo ante la Constitución y la ley, condenando cualquier intento de intromisión que afecte el correcto funcionamiento de la potestad jurisdiccional-constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Pamela y Ávila, Dayana, coor., *Garantías Jurisdiccionales: Análisis Cuantitativo de las Decisiones de los Jueces de Instancia en el año 2013*, Editorial de la Corte Constitucional del Ecuador, 2014.
- Alarcón Peña, Pablo, “El Estado Constitucional de Derechos y las Garantías Constitucionales”, en Jorge Benavides Ordóñez y Joel Escudero Solíz, Coord. *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, , Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2008.
- Andrade, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds. *La nueva Constitución del Ecuador: Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2009,
- Ávila Santamaría, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo Transformador*, Quito, ediciones Abya-Yala, 2011.
- Ayala Mora, Enrique, “Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador” en Enrique Ayala Mora, Ed. *Historia Constitucional, Estudios Comparativos*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2014.
- Barberis, Mauro, *El Neoconstitucionalismo, Third Theory of Law*, en Susanna Pozzolo, Ed., *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Editorial Palestra, 2011.
- Bayefsky, Anne F., “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990.

Benavides Ordóñez, Jorge, *Los derechos humanos como norma y decisión*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2005

Blanco Valdés, Roberto, *El Valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ra. Edición, Bogotá, TEMIS, 2007.

Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad, Por una teoría general de la política*, México D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2010.

Bobbio, Norberto, *Liberalismo y Democracia*, México D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 15va. reimpresión, 2014.

Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2007

Borja Cevallos, Rodrigo, *Enciclopedia de la política*, en <http://www.encyclopediadelapolitica.org>

Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution*, cultura y lengua constitucional, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Cotarelo, Ramón, *“Teoría del Estado”*, en Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, ed., *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Filosofía Política II, Teoría del Estado*, Madrid, Editorial Trotta, 2000

Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos, Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Cruz Villalón, Pedro, “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 35, 1992,

De Gabriel, José Antonio, “La formación del Estado Moderno”, en Rafael del Águila, Ed., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Devis Echandía, Hernando, *Estudio de derecho procesal*, Bogotá, Editorial ABC, Tomo I, 1979.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 6ta. Edición, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2da. edición, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 1er. Tomo “teoría del derecho”, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 2do. Tomo “teoría de la democracia”, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional, Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2008.

Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en Maurizio Fioravanti, ed., *El Estado moderno en Europa, Instituciones y derecho*, , Editor, Madrid, Editorial Trotta, 2004

Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, 5ta. Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo, Experiencia histórica y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá-Lima, Editoriales TEMIS-PALESTRA, 2do. tomo, 2008.

Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al Gobierno*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

Grijalva Jiménez, Agustín *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014

Guerrero del Pozo, Juan Francisco, "Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad." En Juan Montaña Pinto, ed., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 3er. Tomo, 2011.

Hamilton, Alexander, Madison, James, y Jay, John, *El Federalista*, México D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 2014.

Hobbes, Thomas, *Leviatán o materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2014

Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1978.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16va. Edición, México D.F., Editorial Porrúa, 1991.



Locke, John, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 2014

Máiz, Ramón, *LOS DOS CUERPOS DEL SOBERANO, El problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la revolución francesa*, en <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/primerro/Indice.html>

Mannori, Luca y Sordi, Bernardo “Justicia y Administración” en, Mauricio Fioravanti, Ed., *El Estado Moderno en Europa*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

Maquiavelo, Nicolás Bernardo de, *El Príncipe*, Buenos Aires, editorial TOR, 1939.

Meinecke, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014

Montaña Pinto, Juan, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Aspectos Generales*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Tomo I, 2012.

Naranjo Villegas, Abel, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 5ta. edición, 2008.

Nino, Carlos Santiago *Introducción al Análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2da. Edición, 2001.

Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica, con referencia particular a la dogmática penal*, México D.F., Ediciones Coyoacan, 2011.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Madrid, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Tercer reimpresión, 2014.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 11va. Edición, 2013.

Pietro Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2da. edición, 2009.

Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.

Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes, Camino para la ruptura democrática*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2011.

Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Rousseau, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Bogotá, Editorial Gráficas Modernas, 2005.

Sagües, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.

Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en Latinoamérica*, Quito, ediciones Abya-Yala, 2011.

Schmitt, Carl, *Teología política*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.

Soboul, Albert, *La Revolución Francesa*, Barcelona, Editorial Ediciones ORBE S.A., 1985.

Sotelo, Ignacio, “*Estado Moderno*”, en Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, ed., *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Filosofía Política II, Teoría del Estado*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

Storini, Claudia y Navas Alvear, Marco, *La Acción de Protección en el Ecuador, Realidad jurídica y social*, Quito, Editorial de la Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

Tarello, Giovanni, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, Mexico D.F., Editorial del Fondo de Cultura Económica, 1995.

Universidad de Cambridge, *Monografías Históricas, La Guerra de los Treinta Años*, Barcelona, Casa Editorial Sopena, Tomo I.

Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, editorial Temis, 2006.

Villamil Portilla, Edgardo, *Teoría Constitucional del Proceso*, Bogotá, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999.

Waldmann, Peter, *El Estado anómico, Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Madrid, Editorial Iberoamericana – Vervuert, 2006.

Welzel, Hans, *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 9na. Edición, 2009.